

Revista de Derecho de familia

DOCTRINA · JURISPRUDENCIA · SECCIÓN PRÁCTICA · NOTICIAS

Revista de
Derecho
de Familia
núm. 27
abril-junio 2005

Director:
**Antonio Javier
Pérez Martín**

Sumario

Presentación	3
Índice	5
Estudios Doctrinales	21
Jurisprudencia	71
Resoluciones de la DGRN	241
Derecho Comparado	261
Sección Práctica	279
Tribuna Abierta	293
Publicaciones, Noticias y Datos de interés	315
Avances Jurisprudenciales	323

e d i t o r i a l

LEX NOVA

Revista de
**Derecho
de Familia**

© LEX NOVA 2005

Edición

Lex Nova, S.A.
General Solchaga, 3
47008 Valladolid
Tel. 983 457 038
Fax. 983 457 224
E-mail. clientes@lexnova.es

Diseño

MAC-115

ISSN

1139-5168

Depósito Legal

VA. 803-1998

Printed in Spain
Impreso en España

Esta publicación no podrá ser reproducida total o parcialmente, ni transmitirse por procedimientos electrostáticos, mecánicos, magnéticos o por sistemas de almacenamiento y recuperación informáticos, o cualquier otro medio, sin el permiso previo, por escrito, de Editorial Lex Nova.

La Editorial no asume responsabilidad alguna consecuente de la utilización o no invocación de la información contenida en esta publicación. Editorial Lex Nova no se identifica necesariamente con las opiniones expresadas en las colaboraciones que se reproducen, dejando a la responsabilidad de sus autores los criterios emitidos.

El matrimonio y el cuidado de ascendientes y descendientes

Si me echaba una siesta, al despertar, mi suegra siempre estaba allí. Me sentía incómodo. Pese a tener su propia casa, ella había decidido instalarse con su hija, primero en pequeñas temporadas y luego para siempre. El matrimonio lo contrajimos hace 18 meses y estamos esperando un bebé. Como no había intimidad, le comenté a mi esposa el problema y cuál fue mi sorpresa cuando me dijo «si no quieres a mi madre no me quieres a mí». No es fácil prever el final de la historia. Antonio y Pilar llegaron a la separación que coincidió con el nacimiento del hijo.

Las relaciones con los suegros siempre habían estado al margen de la regulación jurídica. Ahora, cuando entre en vigor la reforma del Código Civil, esta relación cambiará profundamente ya que la nueva redacción del artículo 68 del Código Civil impone a los cónyuges, además de vivir juntos, guardarse fidelidad, socorrerse mutuamente y compartir las responsabilidades domésticas, «el cuidado y atención de ascendientes y descendientes y otras personas dependientes a su cargo».

Respecto a los hijos comunes, la titularidad de la patria potestad obligará a los padres a velar por ellos, tenerlos en su compañía, alimentarlos, educarlos, procurarles una formación integral, representarlos, administrar sus bienes, etc. Si los hijos no son comunes, y el régimen económico es el de sociedad de gananciales, tal y como señala el artículo 1362 del CC «La alimentación y educación de los hijos de uno solo de los cónyuges correrá a cargo de la sociedad de gananciales cuando convivan en el hogar familiar». Es decir, que sin ser el padre biológico o adoptivo, surgirá una obligación alimenticia para el cónyuge cuando estos hijos convivan en el domicilio familiar. Para el caso de que los hijos no comunes no convivan en el domicilio familiar, pero carezcan de independencia económica, los gastos derivados de su alimentación serán sufragados por la sociedad de gananciales, pero darán lugar a reintegro en el momento de la liquidación.

En cuanto a los ascendientes, el legislador impone en la reforma que el cuidado y atención se comparta entre ambos cónyuges. Vamos, que en el caso de Antonio, cuando se despierte de la siesta y vea en primer plano a la suegra, deberá poner una tierna sonrisa y decirle, si le prepara la merienda. No sabemos cómo van a reaccionar los que vayan a contraer próximamente matrimonio cuando se les pregunte, además del «sí» a los deberes entre los esposos, el «sí» al cuidado y atención de los suegros. Antes de pronunciar este fatal monosílabo, lo razonable será mirar atrás y ver la expresión facial de éstos que puede ser indicativa de todo lo que puede deparar el futuro.

Menos mal que el legislador no ha modificado los artículos dedicados al uso de la vivienda familiar y alimentos, con lo cual, esta nueva obligación conyugal, parece que quedará en una mera declaración de intenciones sin ningún tipo de sanción. ¡Ya nos veíamos elaborando una tabla de pensiones para los suegros!.

ÍNDICE

ESTUDIOS DOCTRINALES

El nuevo Derecho de Familia como sistema funcional.

Emilio Eiranova Encinas.

23

Derecho a la intimidad e identidad genética.

Aurelia María Romero Coloma.

63

JURISPRUDENCIA

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Estimación del recurso de amparo interpuesto por la madre de unos menores declarados en desamparo contra el auto que autorizó la entrada en el domicilio para recoger a los menores al haberse autorizado la misma sin haber establecido límites temporales y no haber expuesto las razones por las que considera necesario entrar en el domicilio para ejecutar el acto administrativo. No obstante la estimación del recurso no lleva consigo la devolución de los menores declarados en desamparo a su madre.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 139/2004, de 13 de septiembre.

73

No existe discriminación ni vulneración del derecho a la igualdad porque la viuda supérstite tenga que compartir la pensión de viudedad con otra beneficiaria en relación con la viuda supérstite de un causante que no ha contraído anteriores nupcias, pues, sólo y exclusivamente en este último caso, la viuda percibe la totalidad de la pensión de viudedad, siendo indiferente en el primer caso, que el anterior matrimonio del causante se hubiese declarado nulo.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 186/2004, de 2 de noviembre.

77

Vulneración del derecho a la igualdad al haberse denegado una pensión de viudedad por no constar inscrito el matrimonio en el Registro Civil, ya que considerar inexistente el matrimonio no inscrito y negar la condición de cónyuge a quien ha demostrado su válido vínculo matrimonial, es otorgar a la inscripción un valor constitutivo que no resulta acorde con el artículo 61 del CC y aboca a un resultado desproporcionado como es la denegación de la pensión.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 15 de noviembre de 2004.

83

Procedencia de que continúe la ejecución de una sentencia en la que, en cumplimiento del pacto contenido en una escritura de capitulaciones matrimoniales se establecía una pensión a favor de la esposa, aun cuando con anterioridad a dictarse ésta se decretase el divorcio en otra sentencia en la que no se efectuó pronunciamiento alguno respecto a cuestiones económicas, a pesar de que en el mismo se hicieron peticiones en tal sentido.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 223/2004, de 29 de noviembre.

90

TRIBUNAL SUPREMO

FILIACIÓN

Ineficacia del reconocimiento de paternidad efectuado en un acta de manifestación notarial al carecer de la cualidad de escritura pública, además de que ya constaba una filiación paterna

anterior. No obstante procede conceder relevancia al contenido indubitado de dicha acta a los fines de que sirva de prueba al interesado en un posterior procedimiento de reclamación de paternidad.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de mayo de 2004.

99

Estimación de la acción de impugnación de la filiación al amparo del artículo 140 del CC respecto al hijo nacido antes del matrimonio de los litigantes y que fue reconocido por el actor aunque no era hijo biológico suyo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2004.

102

Estimación de la acción de impugnación de la paternidad obtenida tras un reconocimiento de complacencia siendo de aplicación el artículo 140 del CC y no el artículo 141 ya que este último se refiere al consentimiento viciado.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 4 de junio de 2004.

104

La prueba testifical, el contenido de seis cartas y la negativa del demandado a la práctica de la prueba biológica es base suficiente para estimar la demanda de reclamación de paternidad.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de junio de 2004.

107

Las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas, por ser éste un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación de la generación, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 16 de junio de 2004.

110

La acreditación de una serie de pruebas indiciarias unido a la negativa a la prueba que podía acreditar, sin lugar a dudas, la paternidad del demandado, habida cuenta de que éste se niega sin causa justificada alguna es claro que no puede sufrir el menor la negativa de la filiación por la obstrucción a una prueba y por ello procede estimar la demanda.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de junio de 2004.

112

Estimación de la impugnación de la paternidad de un menor nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio al descubrir el esposo su padecimiento de esterilidad.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de junio de 2004.

114

Legitimación del progenitor extramatrimonial para reclamar e impugnar la filiación matrimonial al hacerse una interpretación más flexible del artículo 133 del CC, sin que sea aplicable el plazo de caducidad del artículo 137 del CC.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de junio de 2004.

116

PATRIA POTESTAD

No existe conflicto de intereses entre madre e hija menor de edad cuando ambas son demandadas en un procedimiento de apremio y por consiguiente no procede declarar la nulidad del juicio ejecutivo por no haberse nombrado un defensor judicial a la menor.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2004.

118

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Eficacia del acuerdo transaccional suscrito por los cónyuges para liquidar la sociedad de gananciales que no se ve afectado por las facultades revisoras que el artículo 90 del CC otorga a los tribunales.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de marzo de 2004.

121

No es obstáculo para el ejercicio de la acción de rescisión por lesión de la liquidación de gananciales, ni va en contra de los actos propios, que los cónyuges otorgasen escritura pública de liquidación de la sociedad, ya que ha quedado acreditada la lesión al detectarse un valor real de los inmuebles muy superior al consignado en el inventario.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 17 de mayo de 2004.

123

Acreditado que en el momento de la adjudicación las fincas atribuidas al esposo en la liquidación de la sociedad de gananciales tenían un valor muy superior al que se hizo constar en la escritura de liquidación, procede estimar la acción de rescisión por lesión en más de una cuarta parte, debiendo partirse como plazo inicial para el cómputo de la caducidad la fecha del otorgamiento de la escritura de liquidación y no la del convenio regulador de la separación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de junio de 2004.

125

PROCESAL

Inadmisión del recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada en procedimiento para la modificación de medidas acordadas tras el cese de una unión no matrimonial.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 4 de mayo de 2004.

129

Inadmisión del recurso de casación al no haber acreditado la parte recurrente, en la fase de preparación del recurso, la concurrencia del presupuesto que condiciona la presencia del interés casacional, esto es, la contradicción jurisprudencial que exige un criterio interpretativo plasmado en dos sentencias de una misma Audiencia Provincial o de una misma sección frente a otro criterio interpretativo antagónico puesto de manifiesto en otras dos sentencias de otro órgano distinto.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 1 de junio de 2004.

131

MENORES

Condenado el promotor-constructor y el Ayuntamiento por el fallecimiento de un menor al caer en un pozo séptico desprovisto de protección y sito en el interior de un edificio en obras, paralizadas años atrás, eximiéndose de responsabilidad al arquitecto superior.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2004.

134

Condena a una constructora y a su entidad aseguradora por el fallecimiento de un menor al caerse una grúa depositada en un solar en el que se iba a edificar.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de mayo de 2004.

138

UNIONES DE HECHO

Propiedad común de la vivienda adquirida durante la convivencia e inscrita en pro indiviso a nombre de ambos aun cuando el precio de la misma se abonase con los ingresos que obtenía el conviviente, ya que ella se dedicaba al cuidado de la familia.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 14 de mayo de 2004.

140

Carácter privativo del inmueble adquirido constante la convivencia *more uxorio* y que figura inscrito exclusivamente a nombre de la conviviente al no haberse acreditado que hubo una inequívoca voluntad de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de mayo de 2004.

142

INCAPACIDAD

Declaración de la incapacidad respecto a la esfera patrimonial aunque sea capaz de regir su persona, ya que aunque conozca el alcance de sus actos por perjudiciales que sean, no puede evitarlos, razón que se traduce, entre otras, en una falta de control sobre su economía.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de marzo de 2004.

144

SUCESIONES

A pesar de que en el testamento se otorgaba a una de las hijas la facultad de elegir entre los lotes que se formasen, habiéndose aceptado por todos los herederos el cuaderno particional en el que nada se indicaba al respecto, aquella facultad quedó extinguida por novación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 5 de mayo de 2004.

145

Ineficacia de un testamento ológrafo otorgado por la testadora a favor de un sacerdote por contener instrucciones reservadas respecto al reparto de los bienes.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 19 de mayo de 2004.

148

Los legados de bienes que anteriormente habían pertenecido a la sociedad de gananciales, realizados por uno de los cónyuges después del fallecimiento del otro se rigen, por analogía, por la norma del artículo 1380 del CC, y por tanto producirán todos los efectos si fuere adjudicado en la herencia del testador, y en caso contrario, sólo se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de mayo de 2004.

150

No procede la acción de división de la cosa común respecto a un bien que forma parte de la comunidad hereditaria cuando no consta haberse practicado, tras la aceptación de la herencia por los herederos, la partición de aquélla y la subsiguiente adjudicación de dicho bien que puede darse a todos, a varios o incluso a uno solo de los coherederos.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de mayo de 2004.

152

Ineficacia del testamento otorgado por el padre al no haberse practicado la liquidación de la sociedad de gananciales y haber dispuesto tanto de los bienes propios como de los pertenecientes a la sociedad posganancial.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 10 de junio de 2004.

154

Declaración de la incapacidad al considerarse la demencia senil como una enfermedad persistente en el tiempo por su carácter permanente e irreversible.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de junio de 2004.

157

OTRAS CUESTIONES

Falta de legitimidad de un hijo para pedir la nulidad del contrato de compraventa celebrado por la madre y otros hijos ya que para ostentar la condición de heredero es necesario que se produzca el fallecimiento de la causante, hecho que en el presente caso no ha ocurrido.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de febrero de 2004.

159

Estimación de la acción rescisoria por fraude de acreedores ejercitada por la entidad bancaria respecto a la donación de una vivienda efectuada por una hija a su madre después de haber suscrito aquella una póliza de crédito de la que finalmente resultó un saldo deudor.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de abril de 2004.

161

Nulidad de la escritura de compraventa otorgada por la madre a favor de sus tres hijos sobre la vivienda que constituía el domicilio familiar al haberse otorgado en fraude de acreedores toda vez que aquella, antes de la compraventa suscribió en condición de avalista un préstamo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 13 de mayo de 2004.

163

Fallecida la hija y habiéndola sucedido como única y universal heredera la madre, los herederos de esta última carecen de legitimación para impugnar la donación que, sobre la nuda propiedad de una vivienda, hizo en su día la hija fallecida a una hermana. En cambio procede incluir en la masa hereditaria la cantidad que una hermana de la hija fallecida extrajo de una cuenta bancaria abierta a nombre de aquella y en la que ésta figura como autorizada.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 28 de mayo de 2004.

166

Preferencia de cobro de la deuda por impago de pensiones alimenticias y compensatorias respecto al crédito que ostenta frente al deudor un abogado por la cuantía de sus honorarios por la intervención en un procedimiento de suspensión de pagos de dicho deudor.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 3 de junio de 2004.

169

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

Siendo ambos cónyuges de nacionalidad marroquí a la petición de divorcio se aplicará el derecho español cuando no quede acreditado el derecho extranjero.

AP Almería, Sec. 3.ª, Sentencia de 28 de junio de 2004.

171

No procede declarar la nulidad del matrimonio, puesto que no se ha acreditado que el demandado contrajese el referido matrimonio con la finalidad de obtener la nacionalidad española, dado que es indicio contrario a tal simulación el hecho de que aquél disfrutara de estabilidad económica.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2004.

172

PATRIA POTESTAD

Teniendo en cuenta que el escaso contacto del padre con el menor se ha debido a las tensiones existentes entre los progenitores no se estima que exista causa de privación de la patria potestad.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2004.

173

La escasa comunicación entre el padre y las hijas menores no es causa suficiente que motive la privación o la suspensión de la patria potestad, máxime cuando dicha comunicación no se ve favorecida como consecuencia de la crisis de la pareja.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 22 de octubre de 2004.

174

Responsabilidad de los padres respecto a las lesiones y daños que sufrió el conductor de una motocicleta en un accidente que provocó la irrupción en la calzada de la hija de 13 años.

AP Barcelona, Sec. 17.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2004.

175

GUARDA Y CUSTODIA

El hecho de que de la madre cambie su domicilio a otro país no justifica el cambio de la guarda y custodia, pero sí procede establecer un régimen de visitas de dos meses durante el verano y en los períodos vacacionales de naturaleza escolar superiores a cinco días, a fin de favorecer y asegurar el correcto contacto del otro progenitor con su hija.

AP Málaga, Sec. 5.ª, Sentencia de 21 de junio de 2004.

175

La mayor o menor flexibilidad del horario laboral de los progenitores, no condiciona la atribución de la guarda y custodia del hijo menor.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 2 de julio de 2004.

177

Es procedente conceder la guarda y custodia del hijo al padre, a la vista de la exploración del joven dado que tiene 15 años y ésa ha sido su voluntad, y aunque ello no sea vinculante sí es un dato de especial importancia.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 8 de junio de 2004.

178

Procede otorgar la guarda y custodia de la hija a la madre dado que es ella la que se relaciona con los profesionales del centro donde ingresó aquélla al padecer una minusvalía por oligofrenia.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 16 de julio de 2004.

179

No existe ningún obstáculo para que la guarda y custodia se atribuya a la madre, ya que el trastorno ansioso-depresivo, según consta en el informe del médico forense, no le incapacita para que pueda hacer frente al cuidado de su hija de dos años de edad.

AP Badajoz, Sec. 2.ª, Sentencia de 1 de septiembre de 2004.

180

El deficiente comportamiento escolar del menor no es causa para modificar la custodia a favor del padre, ya que esta misma situación existía cuando el menor convivía anteriormente con el padre.

AP Badajoz, Sec. 2.ª, Sentencia de 16 de septiembre de 2004.

180

El horario laboral del padre y la rotación en turnos, no es un obstáculo para que éste pueda continuar con la guarda y custodia que se le atribuyó en su día.

AP Álava, Sec. 1.ª, Sentencia de 24 de septiembre de 2004.

181

No procede establecer el régimen de guarda y custodia compartida al no beneficiarles a los menores el cambio de régimen de vida al que van a estar sometidos cuando dejen de vivir con un progenitor y pasen a hacerlo con el otro.

AP Burgos, Sec. 3.ª, Sentencia de 26 de octubre de 2004.

182

No procede modificar la guarda y custodia atribuida desde la separación al padre por la circunstancia de que la madre haya estabilizado su vida al no acreditarse que la situación actual sea perjudicial para el hijo.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 28 de octubre de 2004.

182

Corresponde atribuir la guarda y custodia de los hijos a la madre, dado que tienen menos de 4 años, sin que se haya acreditado que los mismos corran el peligro de que su madre los traslade a Rusia.

AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 5 de noviembre de 2004.

183

RÉGIMEN DE VISITAS

No puede obligarse a la menor a trasladarse al Punto de Encuentro de Cáceres, con más de cuatro horas de camino, por lo que sus funciones deben realizarlas los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Navalmoral de la Mata, donde reside la menor, y donde se trasladará el padre para cumplir el régimen de visitas restringido y progresivo acordado en la sentencia.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 3 de junio de 2004.

184

No se considera adecuado dejar al arbitrio de la madre la suspensión del régimen de visitas del hijo y el padre, si éste estuviera bajo los efectos del alcohol o drogas, sino que ha de acudir a la mayor prontitud al Juzgado para que ése adopte las medidas oportunas.

AP Baleares, Sec. 5.ª, Sentencia de 7 de junio de 2004.

186

Procede reducir el régimen de visitas en lo que al período vacacional se refiere dado el desinterés mostrado por el padre en relacionarse con el hijo.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 22 de junio de 2004.

188

No procede fijar régimen de visitas dada la actitud violenta del padre respecto de su familia que dio lugar a actuaciones penales, encontrándose actualmente ingresado en prisión. Sin perjuicio de ello se acuerda el seguimiento de la situación familiar y la elaboración de un informe por el SATAV sobre la conveniencia de su fijación.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 3 de septiembre de 2004.

189

Procede excluir del régimen de visitas la pernocta, al carecer de un alojamiento con condiciones idóneas para el descendiente.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2004.

190

No procede fijar régimen de visitas cuando los hijos tienen una percepción totalmente negativa del padre como referente de malos tratos y humillaciones.

AP Las Palmas, Sec. 3.ª, Sentencia de 8 de octubre de 2004.

190

No procede un régimen de estancias del menor con el progenitor no custodio que sea desproporcionado en cuanto que prive al progenitor custodio de estar con su hijo en los períodos vacacionales.

AP Navarra, Sec. 2.ª, Sentencia de 16 de noviembre de 2004.

191

Debe mantenerse que el régimen de visitas se realice en el punto de encuentro a fin de que la situación de enfrentamiento entre los progenitores no impida la adecuada relación del menor con su padre.

AP Guipúzcoa, Sec. 3.ª, Sentencia de 22 de noviembre de 2004.

192

VIVIENDA FAMILIAR

Se modifica el uso de la vivienda que fue familiar a favor del esposo, por falta de utilización por la esposa e hijas, no siendo procedente la atribución a éstas para usarla sólo en temporadas o fines de semana.

AP León, Sec. 3.ª, Sentencia de 3 de junio de 2004.

193

La segunda vivienda debe considerarse domicilio familiar.

AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 15 de junio de 2004.

194

No procede atribuir el uso de la vivienda familiar al esposo y a la hija ya que no residen en la ciudad donde se ubica aquélla, siendo indiferente que, como manifiesta aquél, la residencia actual en otra ciudad sea meramente provisional.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 25 de junio de 2004.

194

Queda fuera de la previsión contenida en el artículo 76.3.a) del Código de Familia de Cataluña el pretender que se declare la procedencia del uso compartido de una vivienda no familiar.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 7 de julio de 2004.

195

Los gastos ordinarios de la vivienda, incluso el impuesto inmobiliario y la contribución a los gastos de comunidad de propietarios, son de cargo, a falta de previsión expresa en la sentencia de separación, del cónyuge al que se atribuye el uso exclusivo.

AP Málaga, Sec. 7.ª, Sentencia de 16 de julio de 2004.

195

Se limita temporalmente a cinco años el uso de una vivienda que se concede a la esposa y a las hijas bajo su custodia, dado que dicho inmueble nunca ha constituido el domicilio familiar, ya que fue adquirido tras la separación.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 26 de julio de 2004.

196

No cabe atribuir el uso de una vivienda que no tiene el carácter de familiar, al haberlo perdido por el transcurso de seis años desde que la esposa y los hijos lo abandonaron para residir en otra vivienda en la misma ciudad.

AP Las Palmas, Sec. 4.ª, Sentencia de 22 de septiembre de 2004.

197

Atribuido el uso de la vivienda a la ex cónyuge, no procede fijar un plazo de duración cuando no existe perspectiva de que la beneficiaria se pueda procurar otra vivienda, dadas las circunstancias concurrentes en ella al carecer de trabajo y de recursos económicos y al contar con 52 años.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2004.

197

Procede extinguir el derecho de uso de la vivienda propiedad exclusiva del esposo por incumplimiento de la beneficiaria de la obligación asumida en su día en el convenio regulador de no mantener ninguna convivencia con tercero en dicho inmueble.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 6 de octubre de 2004.

198

Procede limitar el uso de la vivienda hasta que la hija mayor de edad se incorpore al mercado laboral y en todo caso cuando ésta cumpla los 32 años.
AP Valladolid, Sec. 3.ª, Sentencia de 16 de noviembre de 2004. **199**

PENSIÓN ALIMENTICIA

No procede reducir la cuantía de la pensión alimenticia dado que no consta un empeoramiento en la situación económica del obligado, siendo su actual situación de desempleo un episodio puntual.
AP Málaga, Sec. 6.ª, Sentencia de 14 de junio de 2004. **199**

La obligación de prestar alimentos a los hijos no se extingue *per se* por la convivencia *more uxorio* de la hija con otra persona.
AP Cádiz, Sec. 6.ª, Sentencia de 23 de junio de 2004. **200**

Corrección de la cuantía de la pensión alimenticia al ser conforme a lo que informan las Tablas orientativas de fijación de pensiones.
AP Tarragona, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de julio de 2004. **201**

No procede extinguir la pensión alimenticia a favor de la hija que no ha alcanzado suficiencia económica para satisfacer todos los gastos derivados de su enfermedad mental, a pesar de que aquélla reciba una subvención de la Generalitat.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 15 de julio de 2004. **201**

Desestimación de la reclamación de gastos extraordinarios al no quedar probado el consentimiento previo, y puesto que de ser cierto que el menor venía asistiendo con regularidad a clases de música como parte de su formación ya no cabría hablar de gastos extraordinarios, en la medida que se ha convertido en un gasto periódico y ordinario y no ha existido acuerdo de los padres en sentido contrario.
AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 22 de julio de 2004. **202**

No procede reducir la cuantía de la pensión alimenticia al no constar una alteración sustancial en los ingresos del obligado y no ser causa para tal reducción el hecho de que haya nacido un nuevo hijo posterior en cuanto que es un hecho propio y libremente decidido.
AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 1 de septiembre de 2004. **203**

Los nuevos hijos no son de peor condición que los primeros y, si los recursos son limitados, todos han de compartirlos. El hijo que primero nace no tiene derechos adquiridos a consumir más recursos que los demás.
AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 9 de septiembre de 2004. **203**

Es más adecuado concretar el importe de la pensión alimenticia en una cantidad determinada a fin de evitar indefiniciones y futuros pleitos.
AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 29 de septiembre de 2004. **204**

El alimentante puede escoger entre prestar alimentos en especie, en su propio domicilio, o bien abonar una pensión, no pudiendo imponer la hija la segunda opción cuando no existen motivos que le impidan residir en el domicilio de su padre, dándose la circunstancia que actualmente reside en el domicilio de una tía materna.
AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 1 de octubre de 2004. **204**

Acreditada la reducción en los ingresos del obligado al pago de la pensión de alimentos en casi el 22%, procede reducir el importe de dicha pensión en su equivalente.

AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 15 de octubre de 2004.

205

No existe incongruencia ni indefensión porque el Juzgado acuerde incrementar de oficio la cuantía de la pensión alimenticia a favor del menor.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 25 de octubre de 2004.

206

Corresponde legal y moralmente abonar los alimentos del hijo menor a su progenitor y no a una tercera persona, por mucha relación que tenga con aquél en virtud de la convivencia more uxorio con la madre.

AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 4.ª, Sentencia de 25 de octubre de 2004.

207

PENSIÓN COMPENSATORIA

No procede reducir el importe de la pensión compensatoria otorgada a la esposa por el hecho de que ésta perciba un sueldo como empleada de limpieza, al no estimarse mejora de fortuna, máxime cuando tiene que abonar la hipoteca de vivienda adquirida.

AP León, Sec. 2.ª, Sentencia de 8 de junio de 2004.

207

Se extingue la pensión compensatoria a favor de la esposa, por convivencia marital, presumiéndose dicha convivencia del hecho de que el tercero pernocta con frecuencia en el domicilio de aquélla, no exigiéndose una prueba absoluta cuando se pretende demostrar hechos íntimos de la vida de las personas.

AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 14 de junio de 2004.

208

Teniendo en cuenta que en el convenio regulador se fijó la pensión compensatoria de modo vitalicio aunque la esposa desarrollara una actividad laboral retribuida, por más que lleve 15 años percibiendo la pensión y trabajando no procede extinguirla dado el contenido de convenio, si bien, habiéndose reducido los ingresos del ex esposo, procede reducir la cuantía de dicha pensión.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 15 de junio de 2004.

209

No procede acordar pensión compensatoria en el procedimiento de divorcio cuando en el de separación de mutuo acuerdo no se estableció dicha pensión.

AP Sevilla, Sec. 6.ª, Sentencia de 22 de junio de 2004.

210

Se extingue la pensión compensatoria a favor de la esposa, pues el desequilibrio ya se ha compensado en atención a la duración del matrimonio, edad del ex cónyuge y su aptitud personal y profesional para acceder a una ocupación laboral, siendo indiferente cuál de los litigantes perciben mayores ingresos.

AP Cáceres, Sec. 1.ª, Sentencia de 7 de julio de 2004.

210

La extinción de la pensión compensatoria debe tener efectos desde la fecha de sentencia de Primera Instancia, porque en ésta, en definitiva, lo que se hace es declarar que la del Juzgado debió hacer un pronunciamiento como el que ahora se hace respecto a dicha prestación.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 9 de julio de 2004.

211

No es causa que justifique la modificación de la pensión compensatoria el hecho de que los hijos comunes ya no residan con la beneficiaria de la pensión.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 8 de septiembre de 2004.

212

No ha lugar a reconocer una pensión compensatoria cuando quien la solicita tiene una posición económica holgada, por razón del importante patrimonio familiar, permitiendo sus propias ganancias costear el nivel de vida similar al que disfrutaba en el período conyugal.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 9 de septiembre de 2004.

213

Las sentencias dictadas en los procesos matrimoniales que extinguen o reducen las pensiones, dada su naturaleza constitutiva, sólo producen efectos *ex nunc*, esto es, desde la fecha en que se dicten, y por ello, no cabe dotar de alcance retroactivo a la sentencia que declara la extinción de la pensión compensatoria.

AP Navarra, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2004.

213

No ha lugar a declarar la extinción de la pensión compensatoria puesto que el desarrollo de una actividad laboral durante tres meses no le dota de las mínimas exigencias de estabilidad y permanencia.

AP Navarra, Sec. 2.ª, Sentencia de 20 de septiembre de 2004.

214

No puede sustentarse la extinción de la pensión compensatoria en el hecho de que la beneficiaria haya estado incorporada en un programa de ayuda social durante 5 meses, al ser beneficiaria de la renta básica.

AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 22 de septiembre de 2004.

215

Procede establecer una pensión compensatoria en el procedimiento de divorcio dado que ésta fue la voluntad de las partes plasmada en el convenio regulador de la separación judicialmente aprobado aun cuando en el mismo la cantidad se fijase como contribución a las cargas del matrimonio.

AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 5 de octubre de 2004.

216

Procede la extinción de la pensión compensatoria al cumplirse la condición prevista en el convenio regulador de la separación, habiéndose constatado que la beneficiaria desarrolla un trabajo remunerado por el que percibe ingresos superiores a los pactados en el convenio para la extinción de la pensión.

AP Murcia, Sec. 5.ª, Sentencia de 7 de octubre de 2004.

217

El principio dispositivo y la debida congruencia de las sentencias impiden que se pueda conceder una pensión compensatoria por mayor cuantía a la solicitada.

AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 15 de octubre de 2004.

218

Procede reconvertir la pensión alimenticia reconocida en la sentencia de separación a favor de la esposa en una pensión compensatoria durante el proceso de divorcio.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 19 de octubre de 2004.

219

El percibo de la pensión compensatoria es compatible con el desarrollo de un trabajo que proporcione ingresos adicionales, salvo, obviamente, que esos ingresos adicionales supongan que el desequilibrio o desigualdad entre la situación económica de los cónyuges o ex cónyuges ha desaparecido o se ha atenuado hasta hacerlo poco relevante.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 21 de octubre de 2004.

219

CUESTIONES PROCESALES

Cuando no hay pronunciamiento expreso en la sentencia de divorcio sobre las medidas, deben entenderse que seguirán rigiendo las fijadas en su día en la separación.

AP Castellón, Sec. 1.ª, Sentencia de 10 de septiembre de 2004.

221

La solicitud de adopción o modificación de la pensión alimenticia en favor de los hijos mayores de edad del matrimonio resulta extemporánea cuando no se insta en los escritos de demanda o de contestación.

AP Málaga, Sec. 4.ª, Sentencia de 23 de septiembre de 2004.

221

Corresponde al cónyuge el elegir si litiga con cargo a la comunidad de gananciales o bien pedir el beneficio de justicia gratuita.

AP Navarra, Sec. 2.ª, Sentencia de 8 de noviembre de 2004.

222

La madre tiene legitimación para solicitar la pensión alimenticia a favor de la hija, aunque ésta lleve residiendo temporalmente seis meses en otro país por la concesión de una beca.

AP Ciudad Real, Sec. 1.ª, Sentencia de 24 de noviembre de 2004.

222

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Resolución en fase de ejecución de sentencia de cuestiones relacionadas con el cese de convivencia aun cuando las mismas no estuviesen perfectamente detalladas en la parte dispositiva.

AP Zaragoza, Sec. 5.ª, Auto de 1 junio de 2004.

223

Si no se indica nada al respecto en el convenio regulador, el IPC aplicable para actualizar la pensión será el general y no el específico de una determinada Comunidad Autónoma.

AP Zaragoza, Sec. 5.ª, Auto de 10 de junio de 2004.

224

Admisibilidad de oponer la excepción de pluspetición ante una demanda de reclamación de pensiones alimenticias.

AP Sevilla, Sec. 6.ª, Auto de 23 de junio de 2004.

224

Eficacia del pago realizado en la cuenta bancaria de la esposa aun cuando la misma no fuese la designada para el pago de la pensión alimenticia.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 22 de julio de 2004.

225

Estimada la oposición despachada por el importe del IBI ya que en el auto de medidas no se contenía este tipo de pronunciamiento.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 22 de julio de 2004.

225

Procede la revocación del auto del juzgado que no admitió a trámite una demanda de ejecución en la que se pedía el cumplimiento del pacto del convenio regulador en el que los cónyuges pactaron que cualquiera de ellos podría comprar el inmueble familiar en el plazo de tres años y por un precio que se fijó en 192.323,87 euros, adjudicándose lo cualquiera de los cónyuges por abono al otro, de la mitad de esa cantidad.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 22 de julio de 2004.

225

Admisibilidad de que, como motivo de oposición ante una demanda por impago de pensiones alimenticias, pueda oponerse el hecho extintivo de la obligación de pago cuando la hija ya es económicamente independiente.

AP Girona, Sec. 2.ª, Auto 20 de septiembre de 2004.

226

REGÍMENES ECONÓMICOS

Se considera ganancial el 50% de los títulos valores adquiridos vigente la sociedad ganancial, a nombre del marido y de su madre, pues al no acreditarse la proporción de su titularidad ha de entenderse de por mitad, y en aplicación de la presunción de ganancialidad al no probarse que los adquiriera por herencia de su padre.

AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 21 de junio de 2004.

228

El momento de valorarse los bienes en el procedimiento de liquidación de gananciales ha de ser al tiempo de la partición. La referencia a «importe» del artículo 809 LEC, no cabe entenderlo en el sentido de valor material o cuantitativo de la partida, sino al de conjunto de derechos que uno de los cónyuges ostenta dentro de esa partida.

AP Asturias, Sec. 6.ª, Sentencia de 21 de junio de 2004.

229

Se incluye en el activo de la sociedad ganancial parte de una suma retirada por la esposa de cuentas bancarias a nombre del matrimonio, al no acreditar que la había usado para el pago de deudas o gastos propios de la sociedad.

AP Cáceres, Sec. 3.ª, Sentencia de 29 de junio de 2004.

230

Los gastos de reparación de un vehículo que es usado exclusivamente por uno de los cónyuges deben correr por cuenta exclusiva del usuario, sin que quepa imputarlo al pasivo de la sociedad.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 1 de septiembre de 2004.

230

La adquisición del bien ocurrida durante el período de separación de hecho y antes de iniciarse el proceso de separación determina el carácter privativo de dicho bien en favor del cónyuge que lo adquirió.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 9 de septiembre de 2004.

231

La sentencia de separación, como constitutiva que es, no produce sus efectos hasta tanto no sea firme y por tanto, no cabe retrotraer los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales a la fecha en que se dictó el auto de medidas provisionales.

AP Castellón, Sec. 1.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2004.

232

El inmueble al que se le ha atribuido voluntariamente la condición de ganancial lo va a ser de manera definitiva, siendo irrelevante cualquier demostración posterior del carácter privativo del dinero empleado en su adquisición.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 14 de septiembre de 2004.

233

El fondo de pensiones debe reputarse como bien ganancial, dado que no se acredita su carácter privativo al no haberse probado que las cantidades aportadas al fondo proviniesen de entregas realizadas por la madre de la esposa.

AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 1 de octubre de 2004.

234

ÍNDICE

No constituye un crédito contra el patrimonio de uno de los cónyuges el fondo del comercio, dado que la ventura o desventura de la actividad profesional de cada uno de los cónyuges es patrimonio exclusivo de los respectivos titulares.

AP Lugo, Sec. 1.ª, Sentencia de 15 de octubre de 2004.

235

La autorización municipal de explotación de taxi tiene un valor económico, y como tal inculible en el activo ganancial.

AP Santa Cruz de Tenerife, Sec. 3.ª, Sentencia de 22 de octubre de 2004.

235

El mero reconocimiento de deuda del esposo, no sustentado en negocio jurídico alguno, no basta para considerar que una deuda tenga carácter ganancial.

AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Sentencia de 28 de octubre de 2004.

236

PROCEDIMIENTO DE MENORES

Para constituir la adopción del menor no es necesario el asentimiento de la madre natural cuando está incurso en causa de privación de la patria potestad al no poder asumir las funciones inherentes a la misma.

AP Zaragoza, Sec. 4.ª, Sentencia de 21 de julio de 2004.

236

Procede declarar a la madre incurso en causa de privación de la patria potestad cuando desde que se declaró el desamparo se han ido adoptando todas las medidas de protección del menor y nunca ha existido oposición de la madre biológica, dándose la circunstancia de que el desamparo se decretó por la absoluta incapacidad de los padres para ejercer la patria potestad.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Auto de 22 de julio de 2004.

237

Es ajustada a derecho la declaración de desamparo de los menores ante la acreditada desatención y abandono por parte de los padres de los más elementales deberes inherentes a la patria potestad, careciéndose de información y datos para confirmar la estabilidad de la pareja, su responsabilidad como padres y el control emocional de la misma.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 13 de septiembre de 2004.

239

RESOLUCIONES DE LA DGRN

FILIACIÓN

Si la madre biológica está determinada por el parto, no puede figurar también como madre la mujer unida como pareja estable con la madre biológica, lo cual sólo es posible por medio de una adopción reservada en el Código Civil y en Cataluña a las parejas heterosexuales.

Resolución de 30 de septiembre de 2004.

243

MATRIMONIO

Se deniega la celebración en España de un segundo matrimonio de dos marroquíes, él con residencia legal en España, que se encuentran vinculados por un matrimonio anterior entre sí celebrado en Marruecos por el rito coránico, que no consta disuelto, por lo que concurre el impedimento de ligamen.

Resolución de 15 de abril de 2004

244

Inscripción del matrimonio entre cubana y español de origen cubano en base a la presunción general de buena fe y a que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicia de nulidad al matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aun en caso de duda, no poner trabas a la celebración o a la inscripción del enlace.

Resolución de 17 de abril de 2004.

246

INCAPACIDAD

No es necesaria la aprobación judicial de la partición de herencia llevada a cabo por los herederos en el que uno de ellos actúa en nombre propio y como tutor de su hermana incapaz cuando sólo existe un bien, que se adjudica a todos ellos en pro indiviso respetando la cuota usufructuaria viudal.

Resolución de 14 de septiembre de 2004.

248

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Habiéndose inscrito la finca con carácter ganancial, no puede ahora modificarse en dicha inscripción el carácter adquisitivo por más que el esposo reconozca la privacidad del dinero invertido en su compra al encontrarse vinculado por los actos propios derivados de su intervención en la inscripción originaria.

Resolución de 23 de marzo de 2004.

254

Denegación de la inscripción de la sentencia que aprobaba judicialmente un convenio regulador en el que se atribuía el uso de la vivienda familiar a la esposa e hijo, al constar en el Registro una previa inscripción de usufructo a favor del padre del esposo.

Resolución de 21 de junio de 2004.

257

Si constante el matrimonio el esposo adquirió un inmueble y se inscribió a su nombre y para su sociedad de gananciales, la circunstancia de que en la misma escritura se consignase por error el nombre de otra persona como esposa del comprador, para su rectificación bastará la petición de parte interesada acompañada de los documentos que aclaren el error producido sin que sea necesario acudir a la vía judicial.

Resolución de 10 de septiembre de 2004.

258

DERECHO COMPARADO

Los procesos en materia de familia en el derecho procesal alemán. Traducción de los § 606 a 661 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana.

Juan Carlos Ortiz Pradillo.

263

SECCIÓN PRÁCTICA

Reclamación de intereses ante el impago de pensiones alimenticias y compensatorias.
Problemática que presenta. **281**

Casos prácticos. **285**

TRIBUNA ABIERTA

La nueva regulación de la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de filiación
María Rosa Gutiérrez Sanz. **295**

Cambio de guarda y custodia. El Síndrome de Alienación Parental. Aspectos prácticos
Mercedes de los Ríos González. **305**

Las limitaciones del uso de vivienda familiar en los procesos matrimoniales.
Francisco Javier Corbacho Palacios. **311**

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

Publicaciones, noticias y datos de interés. **317**

AVANCES JURISPRUDENCIALES

Tribunal Constitucional. **325**

Tribunal Supremo. **326**

Audiencias Provinciales. **329**

Revista de **Derecho de** **familia**

ESTUDIOS DOCTRINALES

EL NUEVO DERECHO DE FAMILIA COMO SISTEMA FUNCIONAL

EMILIO EIRANOVA ENCINAS

Abogado

Sumario

I. INTRODUCCIÓN

II. EVOLUCIÓN DEL MATRIMONIO Y LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

II.1. El matrimonio, la familia y su economía.

II.2. El régimen económico matrimonial.

A) El cambio en la importancia interpretativa de la «familia» en relación al «régimen económico familiar». B) La sociedad de gananciales como sistema eficiente de compensación. C) El principio de libre autonomía de la voluntad y el régimen económico familiar.

III. COMUNIDAD GERMÁNICA O COMUNIDAD ROMANA

III.1. La sociedad de gananciales como sistema de compensación individual.

III.2. La sociedad de gananciales como comunidad funcional.

IV. LA SOCIEDAD «PRE» Y «POST-GANANCIAL»

IV.1. En general.

IV.2. La Jurisprudencia y las parejas de hecho.

IV.3. La sociedad «pre» y «post-ganancial» y la vivienda familiar.

IV.4. La plusvalía inmobiliaria.

V. SOLUCIÓN ECONÓMICA FUNCIONAL

V.1. Solución legal.

A) La adquisición de la vivienda a plazos y sociedad «pre-ganancial».

B) La adquisición de la vivienda a plazos y sociedad «post-ganancial».

V.2. Soluciones jurisprudenciales.

VI. CONCLUSIONES

VII. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

I. INTRODUCCIÓN

I.

La idea «institucional» del matrimonio y la familia era el presupuesto general que hasta hace poco **determinaba y explicaba el régimen económico matrimonial**. Desde el momento que la Constitución garantiza la libertad ideológica (artículo 16 CE), dogmáticamente el régimen económico matrimonial tiene una dimensión diferente que lo sustituye: el régimen económico de las *clases* de familia¹.

En terminología *Hegliana* se diría que la «idea» del matrimonio y de la familia ha pasado a ser «opinión». Lo que se «quiere» se ha impuesto a lo que se «debía» (*Ius in causa positum*: D.8,2,52,2). De ahí que sean convenientes rectificaciones dogmáticas desde las que explicar el «matrimonio», la «familia» y su «régimen económico» en la actualidad.

Entre los autores cada vez tienen más acogida las propuestas que optan por una perspectiva de examen estrictamente «**contractual**». Desde ella, se usan criterios **eficientes** para resolver los problemas (sobre todo, aunque no exclusivamente, los referidos al régimen económico de la familia) que se suscitan en las relaciones familiares. En estas propuestas el Derecho de Familia dejaría de estar presidido por criterios *prácticos* de *finalidad* (del matrimonio y la familia), para interpretarse a través de la *función* de «ajuste» en el entorno social en el que está².

Desde una perspectiva *funcional*, la idea del matrimonio y la familia prescinde de un fundamento dogmático de máximos morales. Lo que antes se interpretaba unido por los **absolutos morales** de la «institución» familiar³, hoy se muestra de forma subjetiva y relativa. La «institución» pierde de esta forma el entorno de «deberes» absolutos que le daba forma y, así, se tiene a la familia como un entorno primario en el desarrollo de la

1. Sobre un concepto de *Matrimonio y Familia* derivado de los derechos reconocidos por la Constitución: v. GERNHUBER, J.: «Ehe und Familie als Begriffe des Rechts», en *FamRZ*, 1981, pp. 721 y ss. Se ha descrito la última fase de esta evolución así: del «concubinato», a la convivencia *more uxorio* y, por último, a la «familia de hecho» (v. PETITTI, C.: «I diritti nelle Famiglie di Fatto», en *Familia*, 4/2003, p. 1022). De la evolución de las «clases de familia»: DONATO BUSNELLI, F.: «La Famiglia e l'arcipelago Familiare», en *Rivista di Diritto Civile*, 4/2002, p. 529. Sobre los diferentes tipos de familia: v. SIGRID, L.: «Varieties of familialism, the caring function of the family in comparative perspective», en *European Societies*, 4/2003, p. 353; DEFFAINS, N.: «Droit au respect de la vie familiale (artículo 8) et non discrimination (artículo 14): Homosexualité et adoption», en *Europe* 5/2002, p. 29; HOWARD-HASSMANN, ROHDA E.: «Gay Rights and the familia» a las Right to a Family: Conflicts Between Liberal and Illiberal Belief Systems», en *Human Rights Quarterly*, 23/2001, pp. 73 y ss.; HOLZHAUER, H.: «Aktuelles Familienrecht vor rechtsgeschichtlichem Hintergrund», en *Juristen Zeitung* 22/2000, p. 1076.

2. La funcionalidad estaría determinada por *finés inmediatos* y no por *finés absolutos*. Se han identificado cinco funciones del Derecho de Familia: 1) Protectora, 2) Proveedora, 3) Resolutoria de problemas, 4) Expresiva y 5) Canalizadora (en detalle: SCHNEIDER, CARL E.: «The Channelling Function in Family Law», en *Hofstra L. Rev.* 20/1992, p. 495).

3. Sobre la relativización de los absolutos morales en la familia, críticamente: FINNIS, J.: *Absolutos Morales*, ed. Español, 1991, trad. Juan J. García Norro, p. 34. Existe una corriente de pensamiento que busca fundamentar la ética religiosa (y lógicamente su interpretación de la familia) en una ética de mínimos. La incapacidad de la *Filosofía práctica* para ofrecer un fundamento ético autónomo independiente de la idea de Dios ha llevado a la exploración de esta vía. Con ello se lograría en última instancia

personalidad, no yendo en los presupuestos *prácticos* más allá de una ética descriptiva de ese entorno⁴.

2.

En la idea tradicional de matrimonio y de familia el «núcleo duro» de la «institución», donde se unía la dimensión personal y de convivencia de los miembros de la familia con el régimen económico, lo constituía la **vivienda familiar** y el **régimen de comunidad** (que en su expresión más acentuada llegan a confundirse como se verá).

El nuevo contexto social en el que está la «familia» afecta a la consideración de la naturaleza e interpretación de este núcleo. Éste cada vez es más permeable a los argumentos basados en una racionalización eficiente —en ellos la dimensión económica se llega a utilizar para hacer una lectura también del aspecto personal en el matrimonio y la familia—. Para llegar a la posibilidad de este tipo de examen, antes se ha producido un cambio en el modo de entender las relaciones entre las personas dentro de la familia. He aludido a este cambio al referirme al abandono del entorno de «deberes» en la «institución». De forma positiva, se describe por la entrada del principio de libre autonomía de la persona en el ámbito del matrimonio y la familia. Como consecuencia de este fenómeno, la característica de los derechos en el entorno de la familia como «derecho-deber», que los distinguían de los *derechos subjetivos*, desaparece en aras de una cada vez mayor disponibilidad de las relaciones por parte de los miembros de la familia⁵.

Este fenómeno, que se extiende con más o menos intensidad al resto de relaciones y situaciones del Derecho de Familia, explica lo que modernamente se llama **privatización del Derecho de Familia**⁶.

Fijándonos en la «vivienda familiar», actualmente su función no se explica desde la «institución familiar». Son los derechos que **como individuos** tienen los miembros de la familia los que van a determinar el *status* jurídico de la «vivienda familiar». La «casa» ha pasado de ser el «miembro» más importante de la «familia», a ser **objeto de ahorro y medio de protección**⁷ (v. 14). Con ello, la vivienda deja de tener un destino determinado por la «ins-

salvar la ética en las sociedades democráticas, haciendo que no termine confundida con la política y lo querido por la mayoría (interesante: KÜNG, H.: *Proyecto de una Ética mundial*, trad. Español de Gilberto Canal, ed. 2000). Esta vía de investigación ética no tiene en cuenta que la Ética religiosa nunca es de mínimos, sino de máximos, y que es, por su propia naturaleza, *fundamentalista*: en el sentido de que ningún *creyente* puede ser tolerante con aquello que es contrario a lo que Dios le ha revelado como verdadero.

4. ZUBIRI, X.: *Sobre el Hombre*, ed. 1998, pp. 269 y 270; ARANGUREN, J.L.: *Ética*, 1958, p. 253; CORTINA, A.: *Ética Mínima*, 1989, pp. 269 y ss.

5. El fenómeno se relaciona con otro muy importante en nuestros días: el contenido subjetivo de los derechos de la personalidad; en detalle, EIRANOVA, E.: «Concepto y derechos de la personalidad», en *La Ley*, núm. 5322 (4 de junio de 2001).

6. Sobre la posibilidad de someter al principio de autonomía de la voluntad las relaciones no patrimoniales entre los cónyuges: v. CAVALLARO, M.: «Intese non Patrimoniali fra coniugi», en *Familia* 2/2003, pp. 355 y ss.

7. ORTEGA y GASSET, J.: «La socialización del hombre», en *Obras Completas*, 2, 1987, pp. 743 y ss.; WEBER, R.: «Der zivilrechtliche Schutz der Familienwohnung», en *Aktuelle Juristische Praxis*, 1/2004, p. 30; ALGARRA PRATS, E.: «Reflexiones sobre la protección de la vivienda familiar frente a terceros», en *Derecho Privado y Constitución* 16/2002, p. 32. Enlazando lo que suponía la «casa», la «familia» y el «patrimonio familiar», hablaba ROCA SASTRE del «derecho de casa» como un derecho de «copropiedad familiar», a través del cual se mantenía la riqueza y se conseguía una función asistencial a los miembros de la familia más débiles: v. ROCA SASTRE, Ramón M.ª: *Estudios sobre Sucesiones*, 1981, tomo 1, p. 94.

titución familiar»⁸, para tenerlo de acuerdo a las situaciones individuales de los miembros de la familia que, en cada caso, habrán de sopesarse con otros más generales (económicos, protección del miembro más desprotegido, etc.) (v. 4 bis). De esta forma, económicamente la casa ha pasado de ser un espacio de desarrollo estático y supeditado a los fines superiores de la «institución» familiar, a ser un objeto económicamente dinámico.

En consecuencia, el **valor económico** de la vivienda se convierte —y se hace notar especialmente en las situaciones de crisis matrimonial— en un elemento a considerar con otros posibles intereses, **sin que**, en muchos casos, **tenga por qué tener una importancia menor**⁹. Esta perspectiva supone un cambio muy importante en el Derecho de Familia. Con ella se pone de manifiesto que lo que antes era eficiente económicamente de forma general, la «institución» familiar, hoy no lo es (v. 6).

En este trabajo examinaré estas cuestiones. Para hacerlo me serviré de un problema inmediato cuya solución pasa por una descripción dogmática del Derecho de Familia en la que queden explicados los nuevos fenómenos que le afectan. Así, utilizaré un supuesto paradigmático que me lleve a una perspectiva metodológica de solución en la teoría general del Derecho de Familia.

Supuesto paradigmático de este trabajo será la adquisición de la vivienda familiar a plazos. El examen jurídico de esta situación tiene que tener en cuenta necesariamente el momento anterior y posterior al matrimonio. Estos momentos en el examen hacen posible que se traiga dogmáticamente la relación «de hecho» a un nivel interpretativo paralelo al matrimonial. Se tiene en cuenta para ello el hecho de que en la actualidad es frecuente que el matrimonio proceda de una «relación de hecho», así como el hecho también frecuente de que concluido el matrimonio sigan existiendo relaciones económicas entre los ex cónyuges (v. 4). De esta forma se crea un entorno de referencia interpretativo en el que se busca un mínimo común desde el que sea posible explicar el conjunto de relaciones personales y patrimoniales que hoy forman el Derecho de Familia.

8. Este aspecto puede apreciarse en la Legislación Foral: v. GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M.^a L., VVAA, *Instituciones de Derecho Privado*, 2001, tomo IV, vol. 1, pp. 99 y ss. Existe una relación entre la naturaleza jurídica de la vivienda familiar, su arquitectura y el sistema económico de una sociedad. El *Derecho Foral* nace en un entorno económico agrícola; en él los miembros de la familia eran también los trabajadores de las fincas y cuidadores del ganado. Bajo este sistema se articulan «instituciones» que garantizan en ese entorno la transmisión de la riqueza y que ésta no se disperse. Ya sea el «título» para el caso de los nobles, o «instituciones» como el «Lar» en Galicia, el derecho expectante de viudedad en Aragón, la «tronalidad» en la Casa del Derecho Foral Vizcaíno (artículos 17 a 26 de la Ley 3/1992) la comunidad especial del Fuero del Baylío (Ley XII, tomo V, L.X., Novísima Recopilación) etc., todas ellas necesitaban para articularse de una idea de familia como «institución». Con estas «instituciones», alrededor de la «institución» de la familia, se conseguía la acumulación y transmisión de riqueza, además de la protección de los miembros de la familia, etc. Estas «instituciones» eran, dadas las circunstancias económicas, la mejor fórmula para alcanzar objetivos sociales básicos de riqueza, protección, transmisión de cultura, etc. La dispersión demográfica del campo y la acumulación demográfica en la ciudad propició un nuevo tipo de familia, para la que la «casa» ya no iba a ser el sitio en donde nacieron sus antepasados, su referente vital, su medio de sustento y el ámbito más estrecho de relaciones y formación. En ese nuevo entorno, la «casa» pasa a convertirse en un hábitáculo económicamente importante y no necesariamente destinado a que en él viva una familia para siempre, y ni mucho menos generaciones familiares. La propia arquitectura de las casas refleja la tendencia hacia la individualidad y fugacidad de las relaciones familiares. Relacionado con este fenómeno, está el de que la familia no cumpla ya finalidades protectoras básicas. En este nuevo tipo de sociedad, la función protectora y educativa de la familia va delegándose cada vez más en otras personas ajenas a la familia y en el Estado. Hermenéuticamente la relación entre «casa» y «familia» tiene consecuencias prácticas importantes; sobre todo cuando la ley emplea palabras polisémicas como «hogar». Por ejemplo: ¿Qué entender por abandono del «hogar» a los efectos de la separación y disolución de la sociedad de gananciales (v. artículo 1393.3)?, ¿Qué infracción de deber castiga el artículo 487 del Código Penal en relación con la «familia» y la «casa»?

9. Comentario de RESCIGNO, P., VVAA, al artículo 6 CCI (ed. 1997). Ver también GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M.^a L.: «El matrimonio, realidad social e institución jurídica», en VVAA, *Instituciones de Derecho Privado*, 2001, tomo IV, vol. 1, p. 24.

Se verá que las interpretaciones de la «familia» y el «régimen económico familiar» desde posiciones morales de máximos no pueden ser completas. No explican los cambios modernos de la «familia», tienen que eludir el contraste histórico y social y su afirmación legal (que no de conciencia) es incompatible con un sistema político democrático. En la explicación me serviré de dos modelos referenciales básicos, al primero lo llamaré de «ética de máximos», mientras que al segundo lo llamo de «ética de mínimos»; entre estos modelos existe una relación interpretativa. En esta relación, cuya forma lógica identifico, queda trazada la malla contextual teórica desde la que es posible ubicar e interpretar cualquier tipo de familia de cualquier sociedad y momento histórico (v. 4 bis). Del mismo modo se identificarán los principios desde los que se diseñan los «regímenes económicos matrimoniales» de acuerdo con el esquema interpretativo de la «familia» que propongo. Desde aquí, se ubicará la «sociedad de gananciales» como modelo, señalando los principios que la sustentan, para, al final, describir y explicar el supuesto paradigmático que se tiene en cuenta en este trabajo.

II. EVOLUCIÓN DEL MATRIMONIO Y LA SOCIEDAD DE GANANCIALES

II.1. El matrimonio, la familia y su economía

3.

El diseño del régimen económico matrimonial se ha venido haciendo según la concepción del matrimonio y la familia de la que se partiese. Dependiendo de la interpretación que se hiciese del matrimonio y la familia (simplificando: más o menos cerca del «contrato» o la «institución»), el régimen económico matrimonial se interpretará en un sentido u otro —más o menos cercano a la separación o la comunidad de bienes¹⁰—.

En los regímenes que se inspiran en una **noción «contractual»** de la naturaleza del matrimonio, sistemáticamente el régimen económico matrimonial se diseñaría sobre el principio de libre autonomía de la voluntad; en este sistema se tiene en cuenta de forma general el régimen económico de **separación de bienes**¹¹. Este sistema es consecuente con el reconocimiento de la libertad de la autonomía de las personas para regular sus relaciones (así fue en el *Derecho Romano*, en *Las Partidas*, y hoy, por ejemplo, en el régimen *Catalán*).

En cambio, en los regímenes económicos inspirados por una interpretación **«institucional»** de la naturaleza del matrimonio, el régimen económico matrimonial es más próximo a la **comunidad de bienes** (así fue en el *Fuero Juzgo*, las *Leyes de Estilo* y las *Leyes de Toro*)¹².

Tradicionalmente en la explicación de la relación entre el matrimonio, la familia y su régimen económico **ha tenido preponderancia una visión dogmática de «ética de máxi-**

10. HEGEL, G.W.F.: *Grundlinien der Philosophie des Rechts* (1831), ed. 1975, §.172. HEGEL enfatiza la idea del matrimonio como «institución», en contra de KANT: que califica el matrimonio como «contrato» (v. HEGEL, G.W.F.: *Filosofía Real*, trad. al español de José M^a. Ripalda, 1984, p. 194), incidiendo en la perspectiva de que las propiedades del matrimonio «institución» se reflejan en el régimen económico matrimonial de «comunidad de bienes».

11. Éste se considera el régimen más acorde con una sociedad capitalista en la que trabaja la mujer: BESSONE, M.: «Egualianza morale dei coniugi e condizione giuridica della donna», en *Riv. Not.*, 1975, p. 729.

12. En detalle: MATEO SANZ, Jacobo B.: «Apuntes histórico-jurídicos sobre el artículo 1409 del Código Civil», en *ADC*, jul-sep. 2003, pp. 1245 y ss. Sobre la importancia del Cristianismo en la expansión por Europa de la comunidad de bienes del matrimonio: De FILIPPIS, B.: *Trattato Breve di Diritto di Famiglia*, 2002, pp. 210 y ss. No obstante, como se verá, la doctrina cristiana también dio mucha importancia al principio de libre autonomía de la persona dentro de la Familia en el momento de la sucesión en los bienes.

mos». En ella, lo económico estaba supeditado a los fines de la «institución familiar». Ello no quiere decir que no sea y fuese posible una explicación de la «institución» familiar históricamente de acuerdo a criterios económicos de eficiencia (v. 6). La cuestión es más simple, para explicar el matrimonio y la familia como «institución» dogmáticamente la referencia económica no era adecuada, proponiéndose una serie de fines superiores desde los que se interpretaba y deducían los deberes morales.

Dogmáticamente la discusión entre la opción «contractual» o «institucional» del matrimonio y la familia se hacía depender del valor **absoluto** o **relativo** de las propiedades de unidad, indisolubilidad y perpetuidad del matrimonio (si se quiere: del alcance que se quiera dar al consentimiento sobre estas propiedades). En cualquiera de las dos concepciones el consentimiento es causa eficiente del matrimonio; pero, mientras en la **visión «contractual»**, el valor de las propiedades del matrimonio puede ser relativo, en la **versión «institucional»** del matrimonio estas propiedades tendrían un contenido absoluto: en el que el principio de autonomía de la voluntad, a través del consentimiento, no tendría nada que decir (para mantener el consentimiento como causa eficiente del matrimonio —contrato— pero obviar una interpretación contractual del matrimonio —que hubiera llevado a la admisión del divorcio—, es por lo que los canonistas diferenciaron entre matrimonio *in fieri* y matrimonio *in facto esse*¹³). Por lo tanto, se ha acentuado más el aspecto «institucional» o «contractual» del matrimonio según el carácter dispositivo que se diese a sus propiedades¹⁴. La generalización del divorcio (que dogmáticamente supone el reconocimiento de la disponibilidad de la propiedad de la indisolubilidad del matrimonio) hizo que en la doctrina de la Iglesia se pasase de una explicación «contractual» a otra «institucional»¹⁵. Los civilistas

13. LACRUZ, José L.: VVAA, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia*, IV, 1º, 1990, p. 89; GARCÍA FAILDE, Juan J.: *Por una acertada concepción del matrimonio*, en *Iltre. Colegio de Abogados de Barcelona*, Comisión de Cultura, 1978, núm. 5, pp. 45 y 46. Del mismo autor: *La nulidad matrimonial*, *boy*, 1994, p. 17.

14. Esta perspectiva existía en el origen de la Jurisprudencia de los EEUU. Es interesante saberlo porque es en ella donde se va a producir en primer lugar el giro hacia unas concepciones basadas en la libertad ideológica para definir el matrimonio y la familia. Será también en la órbita del Derecho anglosajón en donde empiecen a usarse criterios utilitaristas para explicar el Derecho de Familia. El Tribunal Supremo de EEUU en la famosa sentencia *Maynard v. Hill* (125 US 190, 1888) decía: «Marriage, as karting the most important relation in life, as having more to do with the morals and civilization of a people than any other institution, has always been subject to the control of the legislature. The body prescribes the age at which parties may contract to marry, the procedure or form essential to constitute marriage, the duties and the obligations it creates, its effects upon the property rights of both, present and prospective and the acts which may constitute grounds for its dissolution». Esta posición se mantiene en la Defense of Marriage Act (DOMA) de 1996 en la que se declara que se llama matrimonio: «only a legal union between one man and one woman as husband and wife» (1 USC, 7), no obstante se deja la puerta abierta para que cada Estado regule las relaciones familiares, si bien se impide que se pueda obligar a un Estado a reconocer efectos civiles a relaciones homosexuales (28 USC, 1738C) (En la actualidad en USA 33 Estados han regulado este tipo de relaciones y 5 tienen iniciativas en curso).

15. Desde el principio del Cristianismo se prohibió el divorcio (San Pablo, *I Corintos*, 7, 10-11; San Silvestre I, a.314-335; Can. 24 *Concilio I de Arlés*). No obstante, se reconoció la posibilidad de separarse del cónyuge que no era cristiano —vgr. *Privilegio Paulino*— (San Pablo, *I Corintos*, 7, 12-24; San Eutiquiano, a. 275-283, Decreto de fecha incierta; éste era un privilegio de la mujer: v. Urbano III, Carta *Litteras fraternitatis*, al Obispo de Florencia, a. 1186), y la posibilidad de separarse de la mujer que cometía adulterio, si bien no teniendo derecho el esposo a casarse hasta que ésta muriese (San Felix II, a.483-492, Can. 2 *Concilio de Vannes*, a. 461-491; San Agatón, a. 678-681, can. 8 *Concilio XII Toledo*, 25 de junio de 681). Durante mucho tiempo el Cristianismo no tuvo clara una idea jurídica del matrimonio. Lo que hizo fue interpretar con su doctrina las formas jurídicas del Derecho Romano. Así se explica el que cuando se pregunta a San Atanasio I sobre la posibilidad de contraer matrimonio con una mujer y tener concubinas, conteste que, sea cual sea la forma que se escogiese, el hombre se una sólo a una mujer (n. 16.^a de los *Cánones y Artículos de la Fe del Concilio I de Toledo*, a. 397-400). Durante mucho tiempo por ello la esencia del matrimonio se dijo que estaba en el consentimiento y que su naturaleza, por lo tanto, era la de contrato (San Juan Crisóstomo, *Hom.in.Mt.*, 32, MG, 41, 802; Decretos del Papa Nicolás, 858; Gregorio IX, *Frag.1 Decretos Si condiciones*, entre 21 de marzo de 1227 y 4 de septiembre de 1234). En esta interpretación hay que destacar la obra de Pío V: *El Sacramento del Matrimonio*, sep.-1566; en ella se aprecia un giro doctrinal hacia la «institucionalización» del matrimonio. Se dice que si bien es cierto que la esencia del matrimonio está en el consentimiento, ello es en orden al vínculo, desde el que es posible definir los diferentes deberes del hombre y la mujer en el matrimonio. En el apartado 26 de la obra que citamos, se dice que son deberes del hombre: a) el

que manteniendo una visión tradicional del matrimonio prescindían del bagaje doctrinal del Derecho Canónico, hicieron pasar el contrato matrimonial por la confusa categoría del *status*¹⁶.

Más modernamente se impone una **explicación funcional** del matrimonio y la familia de acuerdo a **criterios de eficiencia**. Se señalan cuáles son las *funciones* del matrimonio y la familia en una sociedad según determinados objetivos¹⁷. Existen funciones relacionadas directamente con la economía (piénsese en la función asistencial, acumulativa y transmisiva de la propiedad, etc.) Existen otras funciones que sólo indirectamente se relacionan con los medios económicos (vgr., la función generativa). Pues bien, la relación entre sí de estas funciones, la posibilidad de que tengan o no que basarse en la unión de un solo hombre y una sola mujer, y que esta unión tenga que ser permanente y exclusiva para conseguir desarrollar esas funciones va a ser lo que determine al final, bajo el juego de la libre autonomía de la persona, las clases de familia en nuestra sociedad.

Con este tipo de explicación no se juzga si es bueno o malo que puedan existir diferentes tipos de familias. Tienen en cuenta a «las clases de familia» como una realidad actual que

tratar bien a la mujer, b) tener una profesión, c) gobernar la casa. Y en el apartado 27 se dice que son deberes de la mujer: a) el obedecer al marido y b) cuidado y educación de los hijos (Son un desarrollo de: San Pablo, *Efésios*, 5, 22-33; *Colosenses*, 3, 18-25; San Pedro, *I Carta*, 3, 1-7). Esta doctrina quería dar relevancia al aspecto sacramental del matrimonio por encima de cualquier otro. Esta reacción estaba movida por la respuesta a las Iglesias Protestantes que desde Lutero consideraban que el matrimonio no era sacramento (v. *Apología de la Confesión de Augsburgo*, artículo XIII, # 4). Esta circunstancia en la evolución posterior va a ser decisiva. En efecto, en el s. XIX el pensamiento «liberal» se cuestionará toda la doctrina de la Iglesia y, consecuentemente, se planteará la potestad de la Iglesia sobre el matrimonio. Los argumentos que se esgrimían reaccionaban en contra a la introducción de la Iglesia en los asuntos civiles. Un autor de esta época: Juan Nepomuceno Nuytz, escribirá dos obras de Derecho Canónico en las que claramente señala que la dimensión sacramental del matrimonio es un añadido al contrato (v. *Instituciones de Derecho Eclesiástico y Tratado de Derecho Canónico*). Ello llevó a que Pío IX, en su Carta Apostólica de 28 de agosto de 1851, insistiese en el carácter sacramental del matrimonio (después lo hará en la Carta al Rey Víctor Manuel, 9 de septiembre de 1852 y en la *Instrucción a los Obispos Greco-Rumano* en 1858). En esa época la posibilidad del divorcio y la negación por parte de los Estados de la autoridad de la Iglesia para indicar a la legislación civil cuál era la naturaleza y el alcance de su poder jurisdiccional sobre los matrimonios estaba en juego. A partir de aquí todos los Papas se pronunciaron a favor de la sacramentalidad del matrimonio, negando la potestad del poder civil para disolver el vínculo matrimonial (León XIII, *Carta a los Obispos de Turín, Vercelli y Génova* el 1 de junio de 1879). El primer precedente que he encontrado en donde se utiliza la palabra «institución» para referirse al matrimonio está en la locución de Juan XXIII al Cuerpo diplomático el 24 de diciembre de 1959. A partir de aquí, utilizar la palabra «institución» para referirse al matrimonio es constante (v. Pablo VI, *Alocución a la Rota Romana* en la inauguración del año judicial 30 de enero de 1975; Juan Pablo II, *Discurso en el XIX Congreso nacional de la Unión de Juristas Católicos*, 25 de septiembre de 1978. Hay una lectura constante para dejar de dar una visión del matrimonio como «institución» que pasa por el reproche de que ésta es la perspectiva de la Iglesia Católica. Este argumento ha sido especialmente fuerte en los Países anglosajones; en ellos, y con la tradición de la doctrina de Lutero negando la sacramentalidad del matrimonio, este argumento tiene una dimensión político-religiosa muy importante, ya que, como la doctrina de Lutero, sirve para negar el poder jurisdiccional de la Iglesia Católica en este tema (en detalle: LUTERO, M.: *Kritische Gesamtausgabe*, ed. 1883, XXXII, p. 376, donde se lee: «las cuestiones relativas al matrimonio y al divorcio han de ser dejadas en manos de los juristas y colocadas dentro del orden mundano. Puesto que el matrimonio es algo mundano, exterior, así como lo son la mujer, los hijos, la casa... éste pertenece al orden de la autoridad secular, está sometido a la razón»; en general en Alemania: GIESEN, D.: *Familienrecht*, 1997, pp. 34 y ss.)

16. POTHIER, R.J.: *Traité du contrat de mariage*, 1777, 382. Es interesante el uso de esta idea más tarde por CICU al explicar el Derecho de Familia y de Sucesiones: v. CICU, A.: *Derecho de Sucesiones. Parte General*, trad. español José Manuel González Porras, 1964, p. 45. Tradicionalmente en la doctrina española se ha mantenido una interpretación de la sociedad de gananciales de acuerdo a una visión del matrimonio como sacramento y de la familia como «institución» [por todos y recordando a autores precedentes: SCAEVOLA, Q.M.: *Comentario al Código civil* (artículos 1392-1444), 1905, p. 39]. A partir de los años ochenta del pasado siglo, el debate se centró más en cambiar los principios del matrimonio (divorcio) que en extraer todas las consecuencias de este hecho para el régimen económico matrimonial. No obstante, desde estas fechas se mantiene una posición ecléctica entre el «contrato» y la «institución», que permite explicar el fenómeno del consentimiento como causa eficiente del matrimonio y, a la vez, dejar al margen del consentimiento determinados aspectos del mismo (RAMOS OREA, T.: «Límites a la autonomía de la voluntad en las capitulaciones matrimoniales», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, 1985, tomo XXVI; LUNA SERRANO A.: «Elementos de Derecho Civil», tomo IV, *Derecho de Familia*, 1997; DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, M.: «La autonomía de la voluntad en el actual Derecho español sobre la familia», en *Boletín del Colegio de Granada*, separata, 9 de mayo de 1986). Con la generalización de las relaciones *more uxorio* el camino aparece expedito para una interpretación de todo el Derecho de familia desde el mínimo que es el «contrato».

17. Nota 2.

puede racionalizarse. Con estos presupuestos, el mismo sistema, al tener como fundamento la libertad de la persona para determinarse en el modo de convivencia que quiera (artículo 16 CE), desecha cualquier posibilidad de racionalización de la familia basada en «absolutos morales», buscando en las *funciones*, de manera relativa, la racionalización de cualquier problema que se pueda plantear. La libertad ideológica lleva al Derecho de Familia a ser consecuente con una «**ética de mínimos**»¹⁸.

En los ensayos explicativos *funcionales* del Derecho de Familia la **dimensión económica** es importante. Pero no es cierto que la explicación *funcional* del Derecho de Familia siempre termine acudiendo a criterios económicos. La razón de la importancia del criterio económico está en que es un criterio común y objetivo a todas las clases de familia, que se acomoda bien a la base contractual común desde la que pueden interpretarse¹⁹. La novedad de esta perspectiva se encuentra en que el criterio económico no se supedita a otros fines «superiores» para interpretar el Derecho de Familia²⁰. Así, por ejemplo, en la explicación de la diferencia entre la familia tradicional y la moderna, se dice que está en el hecho de que muchas de las *funciones* que antes desempeñaba la familia, ahora no es necesario que las desempeñe: vgr., función asistencial, educativa,..., mientras que otras ya no dependen exclusivamente de la unión de un hombre y una mujer. De esta forma, a la vez que es la voluntad de las personas dentro de la familia la que determina el asumir o no una función, esta determinación se concreta a través de una consideración económica. Intentaré aclarar esto último con un ejemplo: si en una sociedad agrícola la descendencia familiar era necesaria para cumplir funciones económicas y asistenciales de la familia, en nuestra sociedad no lo es necesariamente, de ahí que la oportunidad de tener o no descendencia en muchas ocasiones dependa del nivel económico de la familia.

Una precisión. Cuando se habla de «funcionalidad» y «eficiencia» en oposición a «dogmático» hay que matizar. El examen dogmático supone una determinada ideología *práctica*, generalmente basada en los «fines», desde la que críticamente se estudia un sistema, y, en puridad, en ella también existe *funcionalidad*. Es más, cuando el contexto del sistema es conteste con él, la dogmática ayudará a una mejor funcionalidad sistemática. Teniendo esto en cuenta, el examen estrictamente *funcional* es dogmático en el sentido de que tiene en cuenta, además del presupuesto ético tradicional, un presupuesto ético **mínimo**: el reconocimiento del máximo

18. Este tipo de ética lleva al utilitarismo liberal que, pese a su mala propaganda, constituye un sistema ético (STUART MILL, J.: *On Liberty*, (1859), cap. 4 (<http://www.utilitarianism.com/ol/four.html>); del mismo autor: *El Utilitarismo*, trad. español de Esperanza Guisan 2002, pp. 48 y ss; ORTEGA Y GASSET, J.: *La socialización del hombre...*, *op.cit.*, pp. 743 y ss.) Hay autores de ideología socialista que, estando dispuestos a aceptar los nuevos fenómenos que acontecen en la familia, no reconocen esta consecuencia. En estos autores pesa más el hecho de atacar el modelo de matrimonio y de familia tradicional (cristiano), que el buscar un criterio dogmático común en el que quepan todos los modelos posibles. Aunque sus argumentos a veces aparezcan confundidos con los que pueden esgrimir autores de procedencia anglosajona y alemana sobre todo, no tienen ni los presupuestos ni el sistema de éstos. Doctrinalmente, se acude a la diferencia artificiosa entre «consenso» y a «acuerdo» para diferenciarse en el contexto democrático del liberalismo. Mientras que el «consenso» sería la textura ética socialista el «acuerdo» lo sería de la ética liberal (v. CORTINA, A.: *Ética mínima*, *op. cit.*, pp. 235 y ss.)

19. Esta perspectiva de examen no es socialista. El examen económico socialista de la familia tenía como finalidad eliminarla por los privilegios económicos a que, según esa tesis, daba lugar. El examen económico de la familia consideraba los tipos de familia en la historia de manera evolutiva; de forma que, en el último estadio de esta evolución la familia se disolvería en el Estado [en detalle: ENGELS, F.: *L'origine della famiglia, della proprietà privata e dello Stato* (1884), trad. Italiano de F. Codino, 1970, pp. 33 y ss. y, especialmente, 66, 74, 89 y 103].

20. Se supera de esta forma la *necesidad* de supeditación de lo económico a otros fines del matrimonio y la familia. Lo económico es relevante a los efectos prácticos de buscar soluciones a los problemas de las relaciones familiares sin presuponer que es un interés menor (v. STUART MILL, J.: *El Utilitarismo*, *op.cit.*, pp. 98 y ss.)

nivel de capacidad de definición axiológica a la libertad personal (artículo 16 CE). De esta forma, el examen *funcional* del sistema tendrá como principal criterio de análisis la libertad de los individuos para regular sus relaciones (con los límites propios de este tipo de regulación: artículo 1255 del CC) y, en caso de conflicto, el procurar la máxima utilidad posible.

II.2. El régimen económico matrimonial

A) El cambio en la importancia interpretativa de la «familia» en relación al «régimen económico familiar»

4.

Cuando la ley se decide de forma general por un **régimen económico matrimonial**, críticamente es relevante el análisis sistemático de este régimen en relación a la concepción del matrimonio y la familia que se tenga en la sociedad²¹. Desde este punto de vista, es importante examinar la relación de ajuste eficiente entre las formas familiares, los medios de producción y de riqueza de la sociedad que se trate con el régimen económico de la familia. Todo cuanto afecta a la «familia» indefectiblemente afecta a su «régimen económico», a la vez que lo económico en general afecta a la familia.

El mismo principio que ha propiciado la apertura en las sociedades occidentales hacia nuevas formas familiares (artículo 16 CE), es el que exige en el régimen económico de la familia **un mayor protagonismo de la individualidad y no de la comunidad**. Desde aquí, se impone una interpretación fundamentalmente «contractual» del matrimonio, la familia y su régimen económico desde la que es posible utilizar argumentos funcionales. Aun más, se viene invirtiendo el criterio tradicional en la interpretación del «régimen económico familiar»: no es la idea de matrimonio y de familia la que determina éste, sino que es el criterio económico el que explica muchas de las relaciones y situaciones familiares.

La doctrina no ha recorrido aquí un camino claro y muchas veces incluso consciente. Los cambios sociales son los que han ido forzando el cambio doctrinal. Ésta es la causa de que en el debate doctrinal aparezcan frecuentemente dos banderas y que se plantee en orden a la reforma política. De esta forma los argumentos que se cruzan no tienen la mayoría de las veces una perspectiva dogmática clara... Frente al argumento de la libertad ideológica, se esgrimía el carácter absoluto de los deberes familiares; frente al ataque directo al carácter «institucional» del matrimonio, se argumentaba sobre su naturaleza de Derecho natural, etc. El resultado de esta discusión es que, hasta el momento, ninguna de las posiciones ha logrado refutar a la otra totalmente. En esta situación algunos autores decidieron optar por otra perspectiva de examen más realista. Lo obvio es la situación de hecho, y en ella existen, además del modelo de familia tradicional, los nuevos modelos de familia. Ante esta realidad, se buscaron soluciones útiles a los problemas que presentaba. Estas soluciones se fueron deduciendo de principios utilitaristas y económicos.

21. Incluso se ha llegado a proponer una clasificación de las clases de familia según el sistema económico al que obedecían: patrimonial, poseedora y trabajadora (v. RAUCENT, L., VVAA, *Famille, Droit et changement social dans les sociétés contemporaines*, 1978, pp. 229 y 230). Este trabajo es interesante porque hace una descripción de los tipos de familia en la historia según las necesidades económicas que las personas tenían que resolver. Sin declararlo explícitamente, este trabajo demostraría que la familia se adapta en la historia según formas eficientes de satisfacción de necesidades.

El primer hito doctrinal en este sentido se produciría en los años setenta del pasado siglo²². En ese tiempo se ensayaron explicaciones funcionales dentro de los principios que sustentaban la «institución» del matrimonio y la familia. Manteniéndose las mismas consecuencias que se establecían desde una visión «institucional» del matrimonio y la familia, se pasaron a utilizar argumentos basados en la eficiencia —contestes con un matrimonio «contractual» y el principio de libre autonomía de la voluntad—. En este sentido, fue muy importante la generalización del divorcio para el entorno de discusión. Se decía, por ejemplo, que el matrimonio como «institución» ha demostrado que favorece la inversión a largo plazo de la pareja, mientras que el matrimonio como contrato no garantiza esta actitud (para concluir que era mejor mantener el divorcio culpable o suprimirlo); y del mismo modo se abogó por un divorcio culpable —costoso económicamente— que impidiese el uso de la ruptura del contrato matrimonial de forma oportunista, etc.²³.

Lo interesante de estos argumentos en la época en que se producen no son las consecuencias a las que llegan (similares a las que se mantenían desde la defensa del matrimonio y la familia como instituciones), sino el **nuevo contexto interpretativo** en que se desenvuelven. En él desaparecen los argumentos basados en la existencia o no de los absolutos morales en el matrimonio y la familia, para tener cada vez más importancia la visión contractual y económica²⁴.

En mi opinión la perspectiva exclusivamente económica ofrece una falsa objetividad al debate sobre los problemas que se plantean modernamente en el Derecho de Familia. Efectivamente, ofrece un criterio objetivo basado en la eficiencia pero, al ser dependiente este criterio de los presupuestos de examen, lo cierto es que basta con cambiar los presupuestos para llegar, en un mismo problema, a soluciones opuestas y aparentemente igualmente eficientes.

4 bis

Por esta razón creo que a un criterio económico eficiente hay que ayudarle con la determinación del entorno *práctico* en el que se ha de aplicar. Como se verá (v. 6), se tiene en cuenta que son las mismas razones de eficiencia las que explican el matrimonio y la familia como «institución», las que ahora explican la eficiencia desde el «contrato». En consecuencia se utilizará un criterio metodológico formal común desde el que es posible extraer las razones materiales para solucionar los problemas que se examinan. Este criterio metodológico es dúctil a un cambio referencial del contexto social. Capaz de conseguir interpretaciones completas del matrimonio y la familia en sus cambios: tanto en la historia como en diferentes sociedades.

En cuanto a su contenido. Es utilitarista y, por lo tanto, satisfactivo. Puede formularse así: **la satisfacción de un «agente» depende de que consiga sus pretensiones sin mermar las del resto de «agentes»**. El «agente» referencial más amplio es la «sociedad», a partir de ahí pueden

22. BECKER, GARY S.: «A Theory of Marriage: Partículo 1», *Journal of Political Economy*, 81/1973, p. 813.

23. ROTHORN, R.: «Marriage and trust: some lessons from economics», en *Cambridge Journal of Economics*, 23/1999, p. 661. Se hace un estudio del matrimonio considerando como inciden en él determinados aspectos de su regulación y ciertas consecuencias económicas en la crisis matrimonial; se habla de un efecto *greener-grass* y *Black-widow*, según las obligaciones financieras puedan incentivar al cónyuge más rico a abandonar al más pobre o viejo, o de cómo puede suponer un incentivo para el divorcio la consecución de beneficios (v. DNEs, ANTHONY W.: «Marriage Contracts», en *Enciclopedia of Law and Economics*, 1999, 5810).

24. En la doctrina española recientemente una perspectiva económica sobre la familia: GARRIDO DE PALMA, Víctor M.: *Instituciones de Derecho Privado*, 2001, tomo IV, vol. 1, pp. 203 y ss.

reducirse los «agentes» a tantos posibles «sectores» (instituciones, institutos, ámbitos de personas, etc.) como sea posible identificar según la relación de tensión entre las pretensiones del individuo (agente más restringido) y la relevancia de los intereses generales. Para el examen del Derecho de Familia se tienen en cuenta **tres ámbitos de intereses** (v. *Esquema I*).

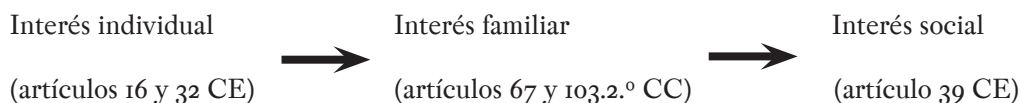
De forma **positiva material** este criterio tiene en cuenta los deseos y pretensiones del individuo, mientras que de forma **negativa material** tiene en cuenta el resto del contexto social para evitar perjuicios, en nuestro caso: el interés familiar y el social (v. *Esquema I*: representamos esta relación con: $\longrightarrow$).

Así, en una versión del Derecho de Familia tradicional o pública (*Cicu*), el sistema se diseñaría desde la consideración de intereses generales (en la versión laica del diseño) o de absolutos morales (en la versión religiosa del diseño), mientras que en la versión que aquí se tiene en cuenta es relevante lo que el individuo desea y expresa bajo el principio de libre autonomía de la persona. Desde aquí no se juzga **jurídicamente** la bondad o maldad de la concepción tradicional frente a la moderna. Por el contrario, ofrece una explicación de la eficiencia de los dos sistemas en el contexto en que aparecieron.

El hecho de que en todo el examen tenga que mantenerse una visión sobre el referente «amplio» y el «estricto» hace que esta metodología sea borrosa en su **forma lógica**, aproximando, según los referentes sociales y pretensiones individuales donde se aplica, las soluciones a uno u otro ámbito del espectro de solución: por ello el análisis no nos arroja a un relativismo absoluto, sino a una verdad aproximativa. El criterio de verdad que se propone no pretende más que lo que es posible conseguir en el entorno social que le es dado para su examen, sin falsas apariencias de objetividad en el criterio verdad en la solución (vgr., criterio exclusivamente económico), y sin irrealidades (vgr., criterio exclusivamente «progresista» o «conservador»).

Esta misma estructura lógica de las *relaciones prácticas* entre el individuo, la familia y la sociedad es la que sirve de base para explicar estáticamente la relación entre las distintas formas de familia y las posibilidades de sus regímenes económicos (v. **10**, *Esquemas II y III*). De esta forma queda referenciado, formalizado y explicado en su estructura lógica el Derecho de Familia en general a través de un sistema.

• *Esquema I*:



B) La sociedad de gananciales como sistema eficiente de compensación

5.

La **sociedad de gananciales** ha ido aumentando su importancia como sistema de racionalización económica de la familia. La razón está en que la opción por la sociedad de gananciales (artículo 1316 del CC) es **neutra ideológicamente**.

La sociedad de gananciales es **un sistema de compensación formal** que en principio no tiene —aunque también puede— por qué optar por una determinada ideología sobre el matrimonio y la familia. Con este régimen económico matrimonial puede ajustarse la evolución económica que pueda tener la familia en su relación al entorno económico en que se desenvuelva.

La sociedad de gananciales puede sintonizar con la naturaleza contractual del matrimonio y del régimen económico matrimonial (artículos 45 y 1315 del CC)²⁵, a la vez que puede tener en cuenta el hecho de que del «contrato» nazca una situación jurídica distinta que supera a los contratantes (con un determinado marco de derechos y obligaciones que afecta a los miembros de la familia y los terceros). El principio subyacente a toda relación económica familiar: *el que cada cónyuge debe contribuir a levantar las cargas del matrimonio en la medida de sus posibilidades* (v. artículo 1318 del CC; principio de igualdad²⁶) puede realizarse en la sociedad de gananciales equilibrando la posición de las partes cualquiera que fuese la clase de familia al que se aplicase y las aportaciones que se hiciesen.

Para poder desempeñar esta función la «sociedad de gananciales» se idea como una figura mixta en dos sentidos. Es sociedad en cuanto procede del acuerdo (expreso o tácito) y tiene una *finalidad* distinta a la mera detentación de bienes; y es comunidad en cuanto que es necesaria la detentación en común de esos bienes para alcanzar la *finalidad*. Pero además es mixta porque puede ser consecuente con una visión «contractual» e/o «institucional» del matrimonio y la familia (*Esquema III*).

De esta forma, **la sociedad de gananciales será más afín a una versión «contractual» o «institucional» del matrimonio, según los principios que la inspiren, las finalidades o funciones que se diga que tiene el matrimonio** (v. *Esquema II*). Será la situación que viva en cada momento la familia la que, por vía de principios, hará las correcciones convenientes en el sistema de compensación. Por ello, digo que la sociedad de gananciales es esencialmente **un sistema formal de compensación**.

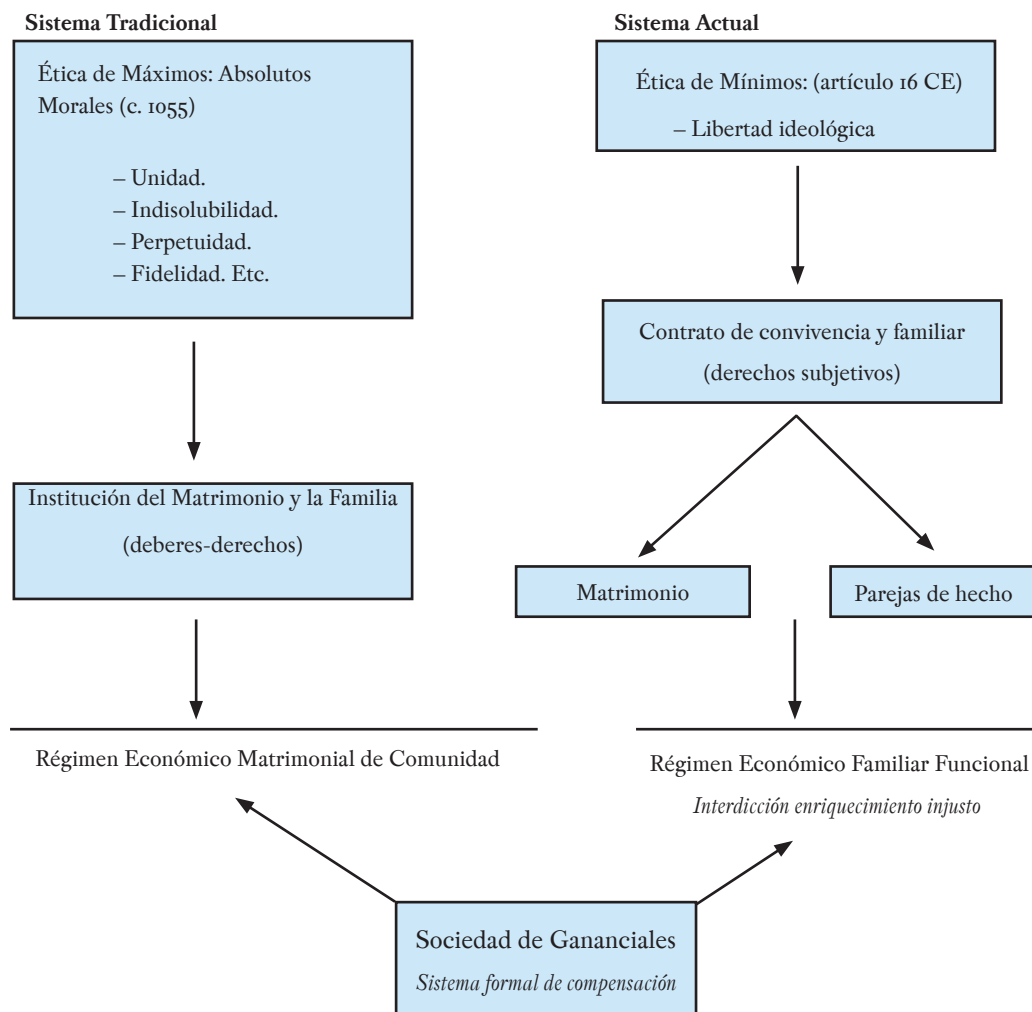
Aquí enlaza la sociedad de gananciales, como régimen económico del matrimonio, con los principios económicos que inspiran el «contrato mínimo de convivencia» en una legislación liberal: **en tanto que el matrimonio no es necesariamente una «institución» diseñada sobre unos fines morales absolutos, el criterio económico es compatible con las finalidades que puedan decirse que tiene; en este sentido, la sociedad de gananciales sería un sistema de compensación económico de las inversiones hechas durante el matrimonio**²⁷.

25. SALVADOR CODERCH, P.: «Comentario al artículo 45 CC», en *Comentario al Código Civil*, 1997, tomo I, p. 266; HERRERO GARCÍA, M.^a José, «Comentario al artículo 1315 CC», en *Comentario al Código Civil*, 1997, tomo II, p. 572.

26. FERRARA, F.: *Diritto delle Persone e di Famiglia*, 1941, pág. 293.

27. Puntos importantes que cambian según el carácter que se quiera dar a la sociedad de gananciales son los bienes que se entienden como gananciales y privativos, y el criterio de distribución. Una sociedad de gananciales basada en criterios económicos lógicamente tendrá como criterio de distribución la «proporcionalidad» de las ganancias según el capital aportado. En cambio, una sociedad de gananciales basada en la idea «institucional del matrimonio», como unidad del hombre y la mujer en una serie de fines superiores a los económicos, tendrá como criterio de distribución la «igualdad aritmética» en las ganancias; en detalle: SCAEVOLA, Q.M.: *Comentario al Código civil* (artículos 1392-1444), 1905, pp. 30 y ss.; Sobre la posibilidad de un pacto para cambiar la cuota de reparto: v. LACRUZ, J. L., VVAA, *Elementos de Derecho Civil...*, op.cit., p. 390.

Esquema II:



6.

Teniendo esto en cuenta, la interpretación tradicional de la sociedad de gananciales como un **régimen de comunidad germánica de bienes**²⁸ supondría la afirmación de la versión más «institucional» del matrimonio desde su régimen económico. Aun más, si la tesis que mantengo es correcta (v. 4 bis y 5), entonces, siendo la sociedad de gananciales un sistema de

28. CASTÁN TOBEÑAS, J.: «Dogmática de la sociedad de gananciales. Efectos de la renuncia a los gananciales efectuada por el cónyuge», en *RGLJ*, 1929, p. 226; LACRUZ, J. L., VVAA, *Elementos de Derecho Civil...*, op. cit., p. 393. Ver en este sentido la Resolución de la DGRN de 30 de junio de 1927. En el mismo sentido, llamándola «patrimonio colectivo»: GARCÍA VALDECASAS, G.: *Parte General de Derecho Civil Español*, ed. 1983, p. 309. La Jurisprudencia del Tribunal Supremo mantiene desde antiguo esta opinión (SSTS de 22 de mayo de 1915; 27 de mayo de 1980; 21 de junio de 1982; 30 de octubre de 1983, 2 de octubre de 1985, etc.). Un estudio en detalle sobre su aplicación en el régimen de comunidad de bienes: COESTER-WALTJEN, D.: «Gesamthandsgemeinschaften», en *Jura*, 1990, pp. 469 y ss.

compensación eficiente, **tuvo** que serlo al interpretarse bajo los principios de la comunidad germánica en el matrimonio y la familia entendidos como «institución»²⁹. Y así fue.

En una sociedad en la que dominaba la idea de matrimonio y de familia de tipo «institucional», a través de la sociedad de gananciales —como comunidad germánica—, se conseguía un sistema económico de compensación justo. En ese modelo de familia los roles de la mujer y del hombre en la práctica eran muy diferentes (uno tenía el rol económico, la otra, el rol de cuidado de la casa, los hijos, etc.), de manera que a través de la idea de comunidad germánica de la sociedad de gananciales se conseguía equilibrar, idealmente, las aportaciones, tan distintas, que uno y otro cónyuge hacían a la sociedad conyugal³⁰. Si examinamos esta situación desde el momento de la liquidación se verá cómo el principio que subyacía no podía ser el de *proporcionalidad* de las aportaciones económicas, sino el de *preferencia* del «interés familiar»³¹.

En aquel contexto familiar y social la eficiencia pasaba por mantener a la vez la riqueza de la familia y garantizar la protección de aquellos que no contribuían directamente a crearla. El sistema conseguía ser eficiente en la medida en que procuraba la satisfacción asistencial a todos los miembros de la familia a la vez que evitaba el empobrecimiento en las crisis. Un sistema semejante, que generalmente era sostenido económicamente únicamente por el padre, tenía que crear un entorno de obligaciones en la familia que impidiese a éste dejar desasistidos al resto de miembros³². Es importante en el análisis de este sistema no perder de vista su conexión con el **Derecho de Sucesiones**, que se basará, consecuentemente, en la idea de mantenimiento de la propiedad familiar y no en la libre disposición³³.

29. No ocultamos la perspectiva utilitarista al explicar los fenómenos en la historia. Desde esta perspectiva, los principios morales por los que se inspiraría la «institución» del matrimonio y la familia eran, como son hoy, los mejores para lograr una mayor felicidad a un mayor número de personas. Insisto en que este punto de vista no es incompatible con la posibilidad de una ética de máximos (aunque restringida a la conciencia de cada uno) (v. STUART MILL, J.: *El Utilitarismo*, op. cit., pp. 43 y ss. y 71 y ss.) Una ética de máximos intenta responder a la necesidad de felicidad individual; en este sentido, no puede ser reconocida necesariamente, y nunca absolutamente, por un Derecho que regule una sociedad democrática (en el que el criterio de decisión es la mayoría); a la vez sí es posible que sea reconocida por un Derecho aristocrático. Por el contrario, una ética de mínimos sí es posible que sea reconocida por un Derecho democrático, a la vez que no impide el comportamiento de acuerdo con una ética de máximos.

30. Este argumento convivía con otro para explicar el reparto igualitario de las ganancias en la sociedad de gananciales, éste es: el que por la «institución» que es el matrimonio y la familia igual interés tenían el marido y la esposa en hacer medrar el patrimonio (SCAEVOLA, Q.M.: *Comentario al Código civil...*, op. cit., p. 39). Una visión interesante del Derecho de Familia desde aquella perspectiva: LACRUZ BERDEJO, José L.: *La potestad doméstica de la mujer casada*, 1963. Una interpretación de la sociedad de gananciales como comunidad ideal en: LACRUZ BERDEJO, J.L.: «En torno a la naturaleza jurídica de la comunidad de gananciales del Código civil». *Estudios de Derecho Privado Común y Foral*, 1993, tomo III, p. 377; VALLET DE GOYTISOLO, J.: «En torno a la naturaleza de la sociedad de gananciales», en *ADC*, 1990, p. 1027.

31. Me referiré a los principios de «preferencia» y «proporcionalidad» en la liquidación de la sociedad conyugal según se tenga en cuenta o no el «interés familiar» en la misma. Este «interés» hace que cambien las reglas en los momentos de calificar y determinar la titularidad de los mismos (ver notas 27 y 52). El marcado carácter «preferencial» del sistema de liquidación de la herencia en orden a la familia justificaría, en un contexto matrimonial y familiar «institucional», la remisión del artículo 1410 CC.

32. Por ello es cuestionable el que se expliquen las «relaciones de hecho» por la preponderancia del rol de la mujer en la familia moderna: BJÖRNBORG, U.: «Cohabitation and Marriage in Sweden—Does Family form Matter?», en *International Journal of Law Policy and the Family*, 2002, vol. 15, pp. 350 y ss. Más exacto es decir que modernamente la mujer tiene un rol social más importante que hace innecesario mecanismos legales de protección en su dedicación a la familia (v. nota 35).

33. En cuanto a la relación de la sociedad de gananciales con el régimen de sucesiones, el estudio debe partir de la idea de familia. Esa idea sistemática en: ROCA SASTRE, Ramón M.ª: *Estudios sobre Sucesiones*, op. cit., p. 65. También lo utilizó, por ejemplo, HEGEL, G.W.F.: *Filosofía Real*, op. cit., p. 196, aunque al final no es del todo consecuente con la idea «institucional» del matrimonio y la familia que mantiene. Incluso se ha buscado el origen de la sociedad de gananciales en el Derecho de Sucesiones: se ha dicho que está en los pactos con los que se reconocían derechos al cónyuge viudo: v. ÁLVAREZ CAPERCHIPI, J.A.: *Derecho de*

C) El principio de libre autonomía de la voluntad y el régimen económico familiar

7.

Con la Constitución de 1978 y la reforma de la Ley de 10 de mayo y 7 de julio de 1981 la legislación española refleja los cambios sociales que se venían produciendo en la estructura tradicional del matrimonio y la familia.

El matrimonio actualmente no está formado por dos cónyuges con roles definidos y distintos. La igualdad laboral y familiar del hombre y la mujer³⁴, el que la generación no tenga por qué pasar necesariamente por la unión del hombre y la mujer lleva a que las reformas e interpretación del Derecho de Familia tiendan a nivelar las posiciones de los dos cónyuges

Familia, tomo I, 1989, p. 192. También ROCA SASTRE nos dice cómo en los casos en que se reconoce en el Derecho de Sucesiones el usufructo viudal universal, no tiene sentido la sociedad de gananciales (ROCA SASTRE, RAMÓN M.^a: *Estudios de Derecho...*, op. cit., pp. 91 y 92). Se dice además que, en la redacción de estas normas sobre la disolución de la sociedad de gananciales, se tenía en mente el supuesto de la muerte de uno de los cónyuges: v. : SCAEVOLA, Q.M.: *Comentario al Código civil* (artículos 1392-1444), 1905, p. 455. Las consecuencias de basar el Derecho de Familia en la libertad del individuo para establecer una relación familiar de acuerdo a su conciencia (artículo 16 CE), tiene indefectiblemente consecuencias dogmáticas en el Derecho de Sucesiones. Puesta en entredicho la idea del matrimonio y la familia como «institución» no existe ninguna traba para seguir manteniendo el artículo 1271.2.º CC. Los argumentos basados en la «inmoralidad» de los pactos sucesorios por dañar a la legítima y ser causa de ilícitos (GARCÍA GOYENA, F.: *Concordancias, motivos y comentarios del Código civil español*, 1852, artículo 994) no tienen razón de ser. Cuando aquí me refiero a la sucesión contractual, lo hago desde la óptica de la situación en que hoy está la familia. Es evidente que no tengo en cuenta la sucesión contractual con designación de heredero único que, en puridad, es una figura eficiente en sociedades agrícolas pequeñas en las que debe evitarse la dispersión de la propiedad (v. ROCA SASTRE, Ramón M.^a: *Estudios...*, op. cit., p. 86). Siendo ésta la opinión mayoritaria de la doctrina, defiende con muchos y completos argumentos recientemente la regulación del Código Civil: LERDO DE TEJADA, Manuel E.: *La Sucesión Contractual en el Código Civil*, 1999, pp. 76 y ss. Un horizonte legal para esta posición dogmática está en el artículo 13 de la Ley 2/2003, sobre el Régimen matrimonial y de Viudedad de Aragón. Hay que tener en cuenta que la evolución de la doctrina de la Iglesia Católica sobre la «familia» no es consecuente con lo que se dice para el Derecho de Sucesiones. Mientras en un primer momento de la evolución en la doctrina sobre la familia existía orden sistemático en la idea de la libertad de autodeterminación de la persona (y aprobarse la naturaleza del matrimonio como «contrato»), a la vez que se abría la posibilidad, en el contexto del rígido Derecho Romano y Germánico, del respeto a la voluntad del causante (con lo que se hacían posibles las obras de caridad —postergando los derechos sucesorios de los familiares— como signo del poco valor e incluso desprecio por la riqueza material) (San Pablo, II *Corintos*, 9, 6-12; Santiago, *Carta*, 5, 1-6); en el momento en que empieza a ser acuciante una defensa del matrimonio como «institución», no se cuestionan consecuentemente las posibilidades que se habían abierto en el Derecho de Sucesiones (v. nota 15).

34. BRINIG, MF&ALLEN, DW.: «These boots are made for walking: why most divorce filers are women», en *American Law and Economic Review*, 1/2000, p. 126. Ha existido un debate muy interesante sobre si es posible la unidad de la familia en una igualdad «aritmética» de los cónyuges. El debate tiene una dimensión más general que afecta a toda la sociedad moderna (críticamente: VALLET DE GOYTISOLO, J. BMS., *Sociedad de Masas y Derecho*, 1969, p. 185). De la discusión se extrae la idea de que es difícil la unidad manteniendo a la vez una igualdad «aritmética» entre los cónyuges. La base del consenso parecería más frágil que la base de la autoridad: un resumen en MODUGNO, F., VVAA, «L'eguaglianza nell'unità della famiglia», en *Studi in Tema di Diritto di Famiglia*, 1967, pp. 3 y ss. Hay que reconocer que estas premisas en la discusión llenan a ésta de dificultades y de ninguna solución. La estabilidad y la unidad en la familia en última instancia no depende ni del consenso ni de la autoridad. El mismo CALAMANDREI señalaba que la desigualdad entre los cónyuges era la piedra angular sobre la que se sostenía la «institución de la familia» (CALAMANDREI, P.: *Tui dell'Assemblea Costituente. Commissione per la Costituzione, II, Relazioni e proposte*, p. 2981); en el mismo sentido al justificar la preferencia del marido sobre la mujer en la administración de los bienes gananciales: v. SCAEVOLA, Q. M.: *Comentario al Código civil* (artículos 1392-1444), 1905, pp. 317 y ss. La desaparición de la «institución» supone un reenvío en la protección a cada individuo de la familia (MUERDEN, A.: «Le renuncie nell'interesse della famiglia a la tutela del cónyuge debolle tra lege e autonomia privata», en *Familia*, 2002, p. 991) y a un sistema de protección basado en la «buena fe» y la «confianza» a la hora de celebrar el contrato (BARGELLI, E.: «L'autonomia privata nella famiglia legittima, il caso degli accordi in occasione o in vista del divorzio», en *Riv. Crit. Dir. Priv.*, 2001, p. 303). Actualmente, este argumento se sigue invocando en contra de considerar el matrimonio como un contrato y la posibilidad de los contratos prematrimoniales, precisamente por suponer una desventaja para la mujer: FROMER BROD, G.: «Premarital Agreements and Gender Justice», en *Yale J.L.&Feminism*, 6/1994, pp. 294 y 295. Desde la importancia del principio de la libre autonomía de la persona a la hora de regular el matrimonio, la posibilidad de hacer capitulaciones matrimoniales antes y durante el matrimonio, supone un reconocimiento de este principio. Desde aquí es posible defender doctrinalmente los acuerdos prematrimoniales en los que se pueda regular las consecuencias de la ruptura matrimonial (GARCÍA RUBIO, María Paz: «Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria en el Código civil», en *ADC*, oct.-dic., 2003, pp. 1653 y ss.) Es interesante también el contenido de la sentencia del Tribunal Supremo de Florida (*Posner v. Posner*, 233 So. 2d 381, 1970) en donde se acepta la licitud de los convenios prematrimoniales con razones parecidas a las que hemos explicado.

en derechos y obligaciones³⁵. Con ello el Derecho de Familia sintonizaba con unas funciones de la familia cuya consecución eficiente necesitaba sintonizar con el principio de libre autonomía de la voluntad.

En este nuevo contexto es cuando la dimensión «contractual» desplaza a la «institucional» del matrimonio y la familia³⁶. Se produce una fuerte irrupción de la **libertad personal** y el **principio de libre autonomía** de la voluntad en el Derecho de Familia³⁷.

A través del principio de libre autonomía de la persona se van a relativizar todas las que eran propiedades esenciales y absolutas del matrimonio (v. C-1055 Código de Derecho Canónico). A este fenómeno se le conoce como *waning of belonging*³⁸. Por él muchas de las notas del matrimonio tradicional (unidad, indisolubilidad, perpetuidad,...), desaparecerían **a favor de las que propiamente definen las situaciones more uxorio** (estabilidad, permanencia, continuidad, publicidad³⁹).

En este punto clave de la interpretación del moderno Derecho de Familia ¿cuál es el auténtico problema que se suscita entre la mentalidad matrimonial tradicional y los nuevos fenómenos familiares? Para señalar adecuadamente la cuestión doctrinal hay que separarse del terreno demagógico al que en ocasiones la «progresía» lleva la cuestión. El problema que suscitan las «parejas de hecho» para una mentalidad matrimonial tradicional no es el que existan otras formas de convivencia familiares, sino que el reconocimiento de estas formas de convivencia familiares por la Ley, distintas a la matrimonial, **pone en crisis la idea de que el matrimonio es una «institución» de Derecho natural en el que la libertad del in-**

35. El matrimonio como «institución» protegía a la mujer compensando los perjuicios que podían derivarse de la situación de desigualdad. La desigualdad social entre el hombre y la mujer, sin hacer del matrimonio y la familia una «institución» que protegiese a ésta, hubiese propiciado que en situaciones de crisis familiares los más débiles quedasen desprotegidos. Por ello, en el razonamiento que se hacía sobre la «institución» era clave la no disponibilidad de las propiedades de la unidad, indisolubilidad y perpetuidad del matrimonio. Es interesante examinar a este respecto la teoría de la *unity of persons* de BLACKSTONE [BLACKSTONE, W.: *Commentaries on the Laws of England* (1765), ed. 1966, tomo I, p. 430].

36. Incidiendo en todo el libro sobre la dimensión de la libertad personal: v. ROCA, E.: *Familia y cambio social*, 1999, pp. 90 y ss.; HERRERO GARCÍA, José M.: «Comentario al artículo 1315 CC», en *Comentario al Código Civil*, 1997, tomo II, p. 572; BÉNABENT, A.: *Droit civil. La Famille*, 2003, p. 8. Por esta razón, se habla descriptivamente de la privatización del Derecho de Familia siguiendo el modelo del Common Law: v. MIRANDA, A., VVAA, *Matrimonio, Matrimonii*, 2000, pp. 369 y ss.; BINNER, J.M., & DINES, A.W.: «Marriage, divorce, and legal change: new evidence from England and Wales», en *Economic Inquiry*, 2/2001, p. 298. Se define así el Derecho de Familia formal y funcionalmente, eliminando cualquier valoración axiológica de contenido: «... es el Derecho de las relaciones entre adultos, entre adultos y niños, entre dos adultos y niños y el Estado, determinado por los cambios demográficos y sociales» (BURTON, F.: *Family Law*, 2003, p. 3). Una concepción tradicional del matrimonio y la familia: VILADRICH, P.-J.: *La agonía del matrimonio legal*, ed. 2001; CORAZÓN, R.: *Nulidades Matrimoniales*, 2001.

37. Es clásico el intento científico en este sentido: SANTORIO-PASSARELLI, F.: «L'autonomia privata nel diritto di famiglia, en *Diritto e giurisprudenza*, 1945, p. 3. En este trabajo contradice las tesis que fueron tan influyentes de Antonio Cicu (Cfr. CICU, A.: *Il diritto di famiglia. Teoria Generale*, 1914; del mismo autor: «Lo spirito del diritto familiare», en *Scritti minori*, I, 1, 1965, p. 123). En este sentido también: FORTINO, M.: «La separazione personale dei coniugi», en *Trattato di diritto di famiglia* (Dir. P. Zatti), 2002, p. 9159; FERRANDO, G.: «Autonomia negòciale e rapporti familiari», en *Il Trust nel diritto delle persone e delle famiglia*, 2003, p. 7. El hecho de la «globalización» lleva a que inexorablemente convivan personas de muy diferentes culturas; este factor se ha destacado como propiciador de una ética de mínimos en el Derecho de Familia asentado de esta forma en el principio de libre autonomía de la persona: v. FORTINO, M.: «Verso un nuova «Privatizzazione» della Famiglia nella Società Globale?», en *Rivista di Diritto Civile*, 2/2003, pp. 167 y ss. Sobre el modo en que se debe comportar el Juez al aplicar un Derecho de Familia basado en el principio de libre autonomía de la voluntad, v. DELL'UTRI, M.: «Il ruolo del giudice nella famiglia», en *Archivio Giuridico*, 4/2003, p. 554. Una perspectiva completa de la evolución en los Estados Unidos: v. Sin nombre del autor: «Developments In The Law-The Law of Marriage and Family», en *Harvard Law Review*, 7/2003, pp. 1998 y ss.

38. HAFEN, BRUCE C.: «Individualism and Autonomy in Family Law: The Waning of Belonging», en *BYU L. Rev.*, 1/1991, p. 32.

39. LÓPEZ AZCONA, A.: *La ruptura de las parejas de hecho*, 2002, p. 22. Una descripción de las propiedades de la «pareja de hecho» para concretar un concepto de «convivencia no matrimonial» en GARCÍA-POSADA GÓMEZ, E.: «El concepto de convivencia no matrimonial en el Derecho español», en *ADC*, 3/2003, pp. 1054 y ss.

dividuo tiene poco que decir⁴⁰, de la que es posible señalar una serie de bienes absolutos desde los que deducir una serie de deberes. Por ello, la «revolución» del reconocimiento legal de las «parejas de hecho» no está en la transformación en «matrimoniales» situaciones de «convivencia»⁴¹, sino precisamente el contrario: el matrimonio tradicional tiene una base mínima distinta desde la que puede ser interpretado⁴². En otras palabras, los «bienes» y deberes del matrimonio no son para el Derecho «absolutos» en sentido ético⁴³. Con ello el Derecho dejaría de ser consecuente con determinados posicionamientos de máximos morales. Se establecería de este modo un mínimo basado en la libertad de cada uno desde el que se relegaría a la conciencia de cada cual el modo de definir la familia; es decir, **acoger el modelo tradicional de matrimonio y familia sería una cuestión de conciencia**.

La expansión del principio de libre autonomía de la voluntad en el matrimonio se ha producido desde diferentes frentes. Ya he aludido al camino que se siguió en la doctrina para desde él ir desarrollando criterios hermenéuticos económicos. Pero creo que para explicar el porqué de su importancia hay que tener en cuenta al menos cinco hitos en la evolución de la familia moderna. El primero, la desaparición del **derecho al «cuerpo»** (deber del coito conyugal: v. San Pablo, *I Corintos*, 7, 4-5; Nicolás I, Carta *Sciscitatur a nobis*, al Obispo de Salona, a.858), ello se produjo en el cambio del bien jurídico en los delitos contra la honestidad al cambiarlo por los delitos contra la libertad sexual⁴⁴. Al desaparecer este derecho se relativizó la propiedad de la unidad en el matrimonio (*duo in carne cura*). El segundo fue el reconocimiento del **derecho al divorcio**. Con este derecho desaparece la propiedad de la indisolubilidad y perpetuidad del matrimonio⁴⁵. El tercer hito fue la **desaparición de la diferencia entre hijos matrimoniales y no matrimoniales**. Con ello se eliminó el matrimonio y la familia como entorno de legitimidad para reconocer derechos a los descendientes. El cuarto hito ha sido la **posibilidad técnica de la mujer de tener descendencia sin contar con el hombre** (artículo 6 de la Ley 35/1988, de 22 de noviembre). Con ello, se reconoce la posibilidad de una familia en cuya creación sólo es relevante la voluntad de una persona. Por último, el **reconocimiento**

40. GARCÍA FAILDE, Juan J.: *La nulidad...*, op. cit., pp. 10 y ss.

41. Cfr. GÓNZALEZ PORRAS, José M.: «El Matrimonio y la Familia actual», en *Revista de Derecho Privado*, marzo-abril 2003, p. 164.

42. WRIGGINS, J.: «Marriage Law and Family Law: Autonomy, Interdependence, and Couples of the same gender», en *Boston College Law Review*, 2/2000, p. 327. Algunos interpretan este fenómeno como muerte de la familia; pionero en este sentido es el libro: COOPER, D.: *The Death of Family*, 1971; ver también TRABUCCHI cuando habla de *Morte della famiglia o famiglie senza famiglia?*: v. TRABUCCHI, A.: *Una legislazione per la famiglia di fatto?*, 1987.

43. En nuestra doctrina: ESPINAR VICENTE, José M.^a: «Sobre la urgente necesidad de la reforma de la regulación jurídica del matrimonio», en *AC*, 2/2003, p. 478. Ésta parece la mejor solución en una posible regulación uniforme del Derecho de Familia: MASSELOT, A.: «Under construction: EU family law», en *European Law Review*, 1/2004, pp. 32 y ss.; ANTOKOLSKAIA, M.V.: «The Harmonisation of Family Law: Old and New Dilemmas», en *European Review of Private Law*, 11/2003, pp. 28y ss.; GROOT, Gerard-René: «Auf dem Weg zu einem europäischen (internationalen) Familienrecht», en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 9/2002, pp. 617 y ss.; FRITZ, J.: «Regensburger Symposium für Europäisches Familienrecht», en *Zeitschrift für Europäisches Privatrecht*, 8/2000, pp. 159 y ss.; BRADLEY, D.: «Convergence in Family Law: Mirrors, Transplants and Political Economy», en *Maastricht Journal of European and Comparative Law*, 2/1999, pp. 127 y ss. Abundando en esta idea, cuando la Ley Foral de Navarra (6/2000, de 3 de julio) sobre igualdad jurídica de las parejas estables intenta borrar las diferencias entre la forma familiar basada en el matrimonio y en la pareja de hecho, relega a la conciencia de cada uno el modelo de familia. Es interesante la sentencia del Tribunal Supremo de Vermont (*Baker v. State*) 1999, en la que se recoge una fundamentación sobre la libertad ideológica para reconocer los mismos derechos a las parejas del mismo sexo y las casadas (un comentario a esta sentencia en WILLIAMS, ROBERT F.: «Old Constitutions and New Uses: National Lessons from Vermont's State Constitutional Case on Marriage of same-sex couples», en *Boston College Law Review*, 43/2001, p. 125.

44. JIMÉNEZ DE ASÚA, L.: *Libertad de amar y derecho a morir*, ed. 1946.

45. Lo que no supone el dejar de reconocer un derecho de compensación por enriquecimiento injusto cuando uno de los cónyuges se ha dedicado a la familia. Para el caso de la reforma de Grecia un análisis en TSAOUSSIS, A.: «Protecting Homemakers' Marriage-Specific Investments under No-Fault Divorce: A Model for Restructuring Alimony in Civil Law Countries», en *American Law and Economic Review*, 6/2004, pp. 217 y ss.

legal de las «parejas de hecho» hace posible «formas familiares» entre personas de igual sexo (con lo que desaparece la nota de heterosexualidad en la base de la familia)⁴⁶.

Este panorama no ha dejado intacto el **régimen económico matrimonial**. En sintonía con la independencia y autonomía que de las personas que van a unirse en matrimonio, hoy es un hecho usual el que las parejas acudan al notario para regular su régimen económico matrimonial antes y durante el matrimonio⁴⁷. Con ello la igualdad entre los cónyuges ha intensificado también en este aspecto la **dimensión individual de cada uno por encima de la familiar**⁴⁸. De esta forma, según las expectativas, necesidades y circunstancias de cada uno se va regulando el régimen económico de la familia. Dicho con otras palabras, **a la vez que el régimen económico matrimonial primario se reduce a lo estrictamente necesario, tanto él como el régimen económico matrimonial secundario tienen cada vez más en común el principio de libre autonomía de la voluntad**⁴⁹.

Esta realidad choca con los presupuestos en los que era aceptable la interpretación de la sociedad de gananciales como comunidad germánica (v. 5), a la vez que parece más oportuno optar por soluciones compatibles con todo el abanico de nuevos problemas económicos que se pueden presentar hoy en una relación familiar⁵⁰.

46. SCHWENZER, I.: «The Evolution of Family Law-From Status to Contract and Relation», en *European Journal of Law Reform*, 3/2001, p. 200; HOLLAND, W.: «Intimate Relationships in the New Millenium: The Assimilation of Marriage and Cohabitation?», en *Revue Canadienne de Droit Familial*, 17, núm. 1, 2000.

47. En Italia al fenómeno se le llama expresivamente por algunos *fuga dalla comunione* (v. BARBAGLI, M.: *Lo stato delle famiglie in Italia*, 1998, p. 103); ver también: GARDEAZÁBAL DEL RÍO, F. J.: «La sociedad de gananciales», en *Instituciones de Derecho Privado*, 2002, tomo IV, vol. 2.º, pp. 22 y 23. Se señala también cómo las capitulaciones matrimoniales se utilizan cada vez más como un medio de regular el cese de la convivencia, en donde se hace constar la atribución de la vivienda, la cuantía de los alimentos, etc. (vgr. convenio regulador) (YÁÑEZ RIVERO, F.: *Las capitulaciones matrimoniales en perjuicio de acreedores y la anotación de embargo de bienes exgananciales*, 2003, p. 131). Muy interesante es el estudio del matrimonio y la familia desde la perspectiva del contrato de: OBERTO, G.: *I Contratti della crisi coniugale*, 1999. Sobre el principio de «autonomía de la voluntad» en el régimen económico matrimonial en Italia: OBERTO, G.: «L'autonomia Negóiale nei Raporti Patrimoniali tra Coniugi Nnon in crisi», en *Famiglia*, 3/2003, pp. 617 y ss. Cada vez es más cuestionable el régimen de inmunidad respecto de la responsabilidad extra-patrimonial entre los miembros de la familia (v. FRACCON, A.: *Relazioni Familiari e Responsabilità Civile*, 2003).

48. Se señala como nuevo fundamento del Derecho de Familia, frente a una concepción basada en «deberes» y «responsabilidades», el individuo y los derechos individuales (SHALEV, C.: *Birth Power. The Case for Surrogacy*, 1989; GLENDON, MARY A.: *The Transformation of Family Law: State, Law, and Family in the United States and Western Europe*, 1989; de la misma autora: *Abortion and Divorce in Western Law*, 1987, SCHNEIDER, Carl E.: «Marriage, Morals, and the Law: No-Fault Divorce and Moral Discourse», en *Utah L. Rev.*, 1994, p. 503, del mismo autor: «Moral Discourse and the Transformation of American Family Law», en *Mich. L. Rev.*, 83/1985, p. 1803; HAFEN, BRUCE C.: «Individualism and Autonomy in Family Law: The Waning of Belonging», en *BYU L. Rev.*, 1/1991; del mismo autor: «The Constitutional Status of Marriage, Kinship, and Sexual Privacy: Balancing the Individual and Social Interests», en *Mich. L. Rev.*, 81/1983, p. 463). Se habla de la capacidad autorreguladora de las propias personas que van a unirse para decidir sobre el modo de hacerlo: ZOPPINI, A.: «Tentativo d'inventario per il 'nuovo' diritto di famiglia: il contratto de convivenza», en *I Contratti di Convivenza*, 2002. Acentuar la individualidad en el régimen económico matrimonial hace que se asimile al propio de las «parejas de hecho». Desde el momento en que los dos regímenes se apoyan en el principio de libre autonomía de la persona, en los dos es posible aplicar el régimen legal de gananciales, ya lo asuman tácita o expresamente las personas (respecto a las parejas de hecho, v. LÓPEZ AZCONA, A.: *La Ruptura...*, op. cit., p. 44). En la sociedad de gananciales ello se aprecia perfectamente en el sistema de administración (artículo 1439 CC: v. LACRUZ, JOSÉ L., VVAA, *Elementos de Derecho Civil...*, op. cit., p. 364) y en los derechos de atribución preferente en la liquidación de la misma. Pueden extraerse consecuencias hacia la «individualidad», en la calificación de los bienes inherentes a la persona: v. BERCOVITZ ALVAREZ, G.: *Los derechos inherentes a la persona en la sociedad de gananciales*, 2003, p. 51.

49. Esta restricción en el régimen matrimonial primario tiene su causa en la posición de igualdad de los cónyuges. Por ella, dentro de este ámbito cada cónyuge puede controlar los actos que puedan causarle un perjuicio económico y se hagan pretexto del levantamiento de las cargas del matrimonio. En este sentido especialmente interesantes son los artículos 71, 1319, 1322 y 1439 CC, con ellos, los actos que puede hacer un cónyuge en beneficio de la familia sin contar con el otro son realmente los imprescindibles para la subsistencia [v. también: SESTA M. y ANELLI, S.: «Premesse generali». *Trattato di diritto di famiglia* (Dir. Zatti, P.), 2002, tomo III, p. 227].

50. Éste es el argumento con el que se explicaría la sustitución del régimen de separación de bienes por el de comunidad en 1975 en el Derecho Italiano: v. SACCO, R.: *Commentario del diritto italiano della famiglia*, 1992, tomo III, p. 10.

Dogmáticamente el régimen económico matrimonial se adecua de esta forma a las características de la familia de hoy. Dejaría de tener como fundamento el **máximo ético** que supone el reconocimiento de unos absolutos morales de la «institución» tradicional del matrimonio y la familia, para adoptar un **presupuesto ético de mínimos**.

Con un **Derecho de Familia de mínimos éticos** es posible hablar de un tipo de contrato desde el que interpretar tanto las familias basadas en el matrimonio tradicional como en otras formas de convivencia. Sería una figura de mínimos, estructurada desde el principio de libre autonomía de la voluntad. Los límites de este principio serían los imprescindibles: únicamente aquellos que proviniesen de la protección de terceros y los miembros más desprotegidos de la propia familia. Desde aquí, sería la conciencia de cada uno (de cada dos...) la que establecería los deberes propios de su relación. Con esta base sería posible acoger además de la forma de matrimonio tradicional otras diferentes.

III. COMUNIDAD GERMÁNICA O COMUNIDAD ROMANA

III.1. La sociedad de gananciales como sistema de compensación individual

8.

Siendo la sociedad de gananciales un **sistema de compensación (v. 5)**, su eficiencia depende del contexto en el que se aplica.

En el contexto social actual un matrimonio medio no tiene prefigurados sus *roles* económicos y familiares. De esta realidad no puede desprenderse un modo general de entender la familia en nuestra sociedad. Por ello, no es ajustado mantener unos principios en el sistema de compensación que presupongan una situación que hoy no es general.

En cuanto a la vivienda, si hace tiempo la carga de la compra normalmente la asumía la persona que trabajaba en la familia (el varón), era lógico que la sociedad de gananciales actuase como un sistema de compensación que en las situaciones críticas del matrimonio evitase un perjuicio injusto a la persona que no ha contribuido económicamente a la adquisición del objeto de ahorro más importante de la familia⁵¹. En la actualidad esta situación no existe de forma general. Lo frecuente es que sean los dos cónyuges quienes colaboran, a la vez o indistintamente, tanto al mantenimiento del hogar como a la compra de la vivienda familiar.

En este contexto, a la hora de examinar los problemas económicos que se presentan, el sistema de compensación pasa por acentuar más el aspecto útil económicamente que el «familiar»⁵². Ello se consigue a través de mecanismos que aseguren que la sociedad de gananciales no va a suponer un perjuicio para los intereses patrimoniales individuales de cada cónyuge.

51. LACRUZ, José L., VVAA, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia...*, op. cit., pp. 270 y 271.

52. La dimensión individualista en la familia ha llegado a mermar deberes como el de asistir a los descendientes y ascendientes. En esta «evolución», es importante la aceptación del contrato de alimentos (artículos 1791 a 1797 CC) y la aparición de los fondos de garantía para el pago de pensiones por alimentos (ARROYO I AMAYUELAS, E.: «Los fondos de garantía del pago de pensiones de alimentos: ¿públicos o privados?», en *RDP*, mayo-abril, 2004, pp. 209 y ss.) Desde esta perspectiva se recuperaría

La utilidad se concreta, respecto de las **relaciones externas**: por la posibilidad que tiene el cónyuge no deudor de señalar bienes privativos del otro cónyuge para que respondan de las deudas de éste (artículo 1373 CC); respecto de las **relaciones internas** a través de las posibilidades de protección de los artículos 1322, 1390 y 1391 CC.

Estas acciones garantizarían el adecuado funcionamiento del sistema de compensación en la sociedad de gananciales. Esto es, que los derechos económicos individuales de cada uno no se viesan perjudicados por comportamientos no adecuados en un espacio de especial confianza como el familiar. Con la atribución indistinta de este tipo de acciones a uno u otro cónyuge se deja en manos de los interesados la protección de su propio «patrimonio» y el adecuado funcionamiento del sistema de compensación de la sociedad de gananciales en un entorno familiar basado en el «contrato».

Pero estas acciones y defensas no pueden ser defraudadas en el momento de la liquidación por vía de los principios. En ese momento, lo consecuente será optar por soluciones basadas en la *proporcionalidad* y no en la *preferencia*.

9.

La perspectiva «individual» es consecuente con un matrimonio y modelos de familia próximos interpretativamente desde el «contrato». Sólo el hecho de que los «cónyuges» se relacionen con terceros o la particularidad de los hijos⁵³ supondrían restricciones al principio de autonomía de la voluntad (v. RDGRN 5 de febrero de 2003; nuestro: **4 bis**).

III.2. La sociedad de gananciales como comunidad funcional

10.

Se cuestiona que la sociedad de gananciales sea hoy, en todo caso, eficiente en su interpretación como **comunidad germánica** (v. **5** y **6**). Se proponen soluciones desde otro tipo de perspectivas: la comunidad romana, la sociedad, etc.

la esencia económica de la sociedad de gananciales: sólo podrían presumirse gananciales los bienes adquiridos con bienes comunes. Aún más, el criterio económico cuestionaría el que el reparto fuese por mitad (artículo 1344 CC) y no en proporción a las aportaciones de cada cónyuge (v. notas 27 y 31). Esta idea tiene su antecedente en el *Fuero Real* [v. SCAEVOLA, Q.M.: *Comentario al Código civil* (artículos 1392-1444), 1905, p. 39]. Este punto de vista cambia la interpretación de la pensión compensatoria. Ésta no sería una forma de resarcir al cónyuge que viese empeorada su situación después del matrimonio (LACRUZ, José L., VVAA, *Elementos de Derecho Civil. Derecho de Familia...*, op. cit., pp. 248 y ss.), y sí una manera de compensar aportaciones a la familia de carácter no patrimonial (v. artículo 90 CC). Ésta sería una interpretación de la pensión compensatoria consecuente dogmáticamente con la naturaleza contractual del matrimonio (alejándonos de una interpretación conteste con el daño moral). Aproximaríamos interpretativamente por esta vía la explicación de la pensión compensatoria a la interdicción del enriquecimiento injusto, con lo que se conseguiría unidad interpretativa en los movimientos patrimoniales que se producen con las situaciones de crisis matrimonial [v. ej. New York Domestic Relations Law § 236(B)]. Especialmente interesante sería el juego de esta tesis en la liquidación de la sociedad de gananciales y la posibilidad de que el monto de la pensión se compensase en ella. Esta perspectiva avalaría la posibilidad de una renuncia anticipada a la misma (artículo 1271 CC) (con otros argumentos: v. GARCÍA RUBIO, María Paz: *Los pactos prematrimoniales de renuncia a la pensión compensatoria...*, op. cit., pp. 1653 y ss. En los EEUU, en aquellos Estados donde no se prevé este tipo de pensión, se apela al modo en que uno ha contribuido a la familia, sacrificando quizás su carrera, para conseguir del otro una compensación. Se reconoce por los Tribunales una acción de enriquecimiento contra aquel que se haya podido beneficiar a costa del otro durante el matrimonio (Trib. Supr. Vermont, *Downs v. Downs*, 574, A.2d 156, 1990; Trib. Supr. New Jersey, *Maboney v. Maboney*, 453, A. 2d 527, 1982, etc.)

53. PUELINCKX-COENE, M.: «La Protection des Différents Membres de la Famille par le Droit Familial Patrimonial en Europe», en *European Review of Private Law* 12 (2), 2004, pp. 143 a 166; EBERHARD, F.: «Kindesinteressen im Scheidungsverfahren aus familiensystemischer Sicht», en *Aktuelle Juristische Praxis*, 9/2002, p. 1050.

Se argumenta, contrastando los sistemas, en contra de que la sociedad de gananciales sea una comunidad germánica en todo caso que⁵⁴:

- Los cónyuges tienen facultades de administración y disposición independiente sobre los bienes gananciales (artículos 1384 y 1385 CC); lo que no sucede en la comunidad germánica.

- Frente a la nulidad, con la que se sanciona la falta de consentimiento de algún comunero, en la sociedad de gananciales la sanción es de anulabilidad (artículo 1322 CC).

- Mientras que en una comunidad germánica no pueden establecerse relaciones entre el patrimonio común y el de los comuneros, en la sociedad de gananciales sí (artículo 1323 CC).

- El régimen de responsabilidad patrimonial en el caso de la comunidad germánica y de la sociedad de gananciales (v. 8) es diferente.

- La idea de comunidad quiebra de manera absoluta cuando no hay bienes que merezcan la condición de gananciales.

Otro tipo de argumentos en contra de entender la sociedad de gananciales como una comunidad germánica son estrictamente dogmáticos. Se observa que la realidad del contexto en que se desenvuelve la interpretación de la sociedad de gananciales como comunidad germánica provoca importantes desequilibrios que no se superan desde una interpretación e incluso rectificación dogmática en el marco del mismo sistema. Desde aquí, la crítica a la naturaleza de la sociedad de gananciales como comunidad germánica utiliza argumentos basados en los problemas que aparecen antes o después de la sociedad de gananciales⁵⁵.

En este contexto la **presunción de ganancialidad**⁵⁶, **las consecuencias de la subrogación real automática y el régimen de liquidación en la sociedad «post-ganancial» en muchos casos resulta problemático**⁵⁷. Por otro lado, se ha querido aplicar el régimen económico de gananciales en algunos supuestos de separación de «parejas de hecho» (v. 13).

La impresión general es que en muchos casos la sociedad de gananciales no es útil en la interpretación tradicional de su naturaleza en el entorno para el que se pensó, mientras que en otros entornos, para los que no se previó, sí lo sería.

En esta situación ¿sería posible un **régimen común** desde el que solucionar estos problemas? Parecería que no, si siguiésemos el criterio mantenido generalmente por la

54. En detalle: LACRUZ, José L., VVAA, *Elementos de Derecho Civil...*, op. cit., pp. 393 a 395; GARDEAZÁBAL DEL RÍO, Fco. J.: *La sociedad de gananciales ...*, op. cit., pp. 28 y 29.

55. CARPIO GONZÁLEZ, I.: *Sobre la conveniencia de la disolución de la sociedad de gananciales desde la admisión de la demanda de separación o divorcio*, en *La Ley*, 2004, núms. 5948 y 5949.

56. La presunción de ganancialidad tiene como razones de ser: «... (el) de entronizar el carácter común de las adquisiciones de los cónyuges, impidiendo de paso que el uno se lucre indebidamente a costa del otro; en segundo lugar, al de hacer difícil o imposible la defraudación de los acreedores» [v. SCAEVOLA, Q.M., *Comentario al Código civil* (artículos 1392-1444), 1905, p. 232].

57. V. nota 27.

Jurisprudencia y la doctrina de que las normas de la sociedad de gananciales no pueden aplicarse por analogía a las «parejas de hecho»⁵⁸. Esta opinión no tiene en cuenta la naturaleza de la sociedad de gananciales como sistema de compensación, y sí la idea de mantener separadas de forma excluyente las consecuencias del matrimonio y las relaciones de hecho. En definitiva se mantendría un punto de vista interpretativo unívoco «institucional» del matrimonio como pilar fundamental del Derecho de Familia. En cambio, habiendo aclarado que entre el punto de vista «institucional» y el «contractual» lo que existe es una relación en el reconocimiento de «deberes», evidentemente, un punto de vista de mínimos éticos prefiere la dimensión «contractual» (desde la que no queda excluida, insisto, la «institución»).

No se trataría de resolver las situaciones de ruptura de las «parejas de hecho» con la aplicación analógica de las normas de la sociedad de gananciales, sino de acuerdo con la norma fundamental que subyace tanto a la sociedad de gananciales como sistema formal de compensación y al régimen económico que se genera en las «parejas de hecho». Desde este punto de vista, **el régimen común se tendría poniendo como base el principio de la interdicción del enriquecimiento injusto**⁵⁹.

Esta idea es la que subyace en el diseño de los regímenes económicos matrimoniales en su relación con el nivel «contractual» o «institucional» que se reconozca al matrimonio y a la familia (su expresión más acabada está en la fase de liquidación) (*Esquema III*). Es importante tener en cuenta que, en la medida que nos alejamos de la comunidad y nos acercamos a la separación de bienes, el principio de interdicción del enriquecimiento injusto técnicamente se articula de distinta forma: se pasa, para los casos de comunidad, de *sistemas compensatorios en los momentos de liquidación de la comunidad* a, en los casos de separación de bienes, *acciones personales* (v. 12).

El que pueda tenerse al enriquecimiento injusto como un principio sirve interpretativamente para resolver algunos de los problemas que se presentan en la sociedad «pre» (a veces identificable con la situación de las parejas de hecho) y «post-ganancial» (v. 17 y 18) y en los casos de separación en relaciones *more uxorio* (v. 13), a la vez que **explicar los regímenes económicos «familiares» de acuerdo a un principio mínimo común**.

58. Aunque de forma mayoritaria se ha dicho que no es aplicable a la disolución patrimonial de las relaciones de hecho la sociedad de gananciales (por todos: ESTRADA ALONSO, E.: *Las uniones extramatrimoniales en el Derecho civil español*, 1991, pp. 174 y 175; BERCOVITZ RODRÍGUEZ-CANO, R.: «Las parejas de hecho», en *AC*, 1993, I, p. 1836), la SAP de Córdoba de 21 de abril de 1986 lo aplicó.

59. Llega al Tribunal Supremo un caso en el que se discute sobre la valoración de los bienes, créditos y deudas en la liquidación de una sociedad de gananciales. Señala el Ponente cuál es la esencia de toda liquidación de una comunidad: «Respecto a la liquidación de la sociedad de gananciales, por imperativo de la Ley (...) lo importante y trascendente es que la adjudicación total de una de las partes no haya sufrido lesión en comparación con la de los demás adjudicatarios...» (FJ 3, STS de 7 de septiembre de 1990, Ponente: Sr. Malpica González-Elipe). En el análisis del enriquecimiento injusto se distinguen tres grupos de problemas: 1.º El de su fundamento; 2.º El de su relación con el Derecho de Obligaciones y el Derecho Patrimonial; 3.º El de su sistematización con el conjunto de acciones restitutorias, resolutorias y rescisorias. Teniendo esto en cuenta, cuando aquí hablamos de la interdicción del enriquecimiento injusto lo hacemos como principio general de todo el Derecho que sirve para explicar el sistema de compensación en la sociedad de gananciales como también para fundamentar una acción genérica (v. ÁLVAREZ CAPEPOCHI, José A.: *El enriquecimiento sin causa*, 1993, p. 69) en los casos en que pueda apreciarse en las relaciones de las «parejas de hecho» (v. 13).

• *Esquema III:*

El **régimen de separación** de bienes es el más conteste con un régimen «contractual» del matrimonio. Salvo el régimen económico matrimonial primario (artículos 1318 y ss. CC) no se reconoce en él ningún espacio de comunidad patrimonial en orden a la familia. En consecuencia los intereses que se reconocen como familiares son mínimos (artículo 1438, primer inciso CC). El patrimonio de los cónyuges, su administración y la responsabilidad por los actos que se realicen es de cada uno (artículos 1437 y 1440 CC). El «empuje» económico familiar está sometido al pacto, quedando las descompensaciones que puedan surgir en el ejercicio de la potestad doméstica remitidas a una acción personal (artículo 1438 CC). En el **régimen de participación** se parte de la misma idea de separación de los patrimonios de los cónyuges (artículo 1412 CC), rigiendo incluso de forma subsidiaria las normas del régimen de separación de bienes (artículo 1413 CC). No obstante, se reconoce un crédito a cada cónyuge sobre las ganancias por encima de las que obtuviese el otro (artículos 1411 y 1417 CC). Este régimen es conteste con una idea «contractual» del matrimonio y la familia en tanto que los patrimonios de los cónyuges se mantienen siempre separados, resultan irrelevantes los problemas de subrogación real que aparecen en la sociedad de gananciales; del mismo modo, la administración de los bienes se hace por separado (artículo 1412 CC), la cuota de participación en el valor puede pactarse (artículo 1429 CC) y se reconoce una acción personal para el caso de fraude (artículo 1433 CC). Se aproxima a la «institución» ya que tiene en cuenta el momento de la liquidación para que se realicen las compensaciones (artículo 1426 CC), se reconoce que, en una determinada proporción, ha existido una actividad conjunta que ha ayudado a que el patrimonio de cada uno crezca no permitiendo el enriquecimiento del titular del patrimonio que más hubiese crecido (artículo 1425 CC). Es este punto el que supone un ascenso «institucional» al reconocer un interés familiar más allá del que puedan tener los cónyuges por separado (lo que no se da en el régimen de separación de bienes); esta circunstancia hace que en el régimen de participación las compensaciones puedan hacerse o en

el momento de la liquidación o a través de acciones personales (artículos 1425, 1431 y 1433 CC). En el **régimen de gananciales** se es conteste con la naturaleza «contractual» del matrimonio en tanto que los patrimonios iniciales se mantienen separados (artículos 1344 y 1346 CC), se quiere que éstos se mantengan sin que acaben enriqueciendo al otro cónyuge por confundirse con los gananciales a través de diferentes previsiones (artículos 1348 y ss. CC) y el mecanismo de la subrogación real, reconociéndose el derecho a disponer de los bienes privativos sin contar con el otro cónyuge (artículo 1384 CC). El aspecto «institucional» del matrimonio se reconoce en este régimen en tanto que las ganancias se hacen comunes (artículo 1344 CC), se reconoce como regla general un régimen de administración conjunta (artículo 1375 CC), se establece una presunción de ganancialidad para los casos de duda (artículo 1361 CC) y existe un patrimonio común que va a responder de las cargas y obligaciones familiares (artículos 1362 y ss. CC). Como se ve aparecen intensificados en este régimen los intereses familiares mucho más que en los dos anteriores, de ahí que por el comportamiento de uno de los cónyuges pueda llegar a ser perjudicado el otro, por ello, se prevé, a diferencia de los otros dos regímenes el mecanismo defensivo del artículo 1373 CC. Al ser un régimen mixto la deslealtad de los comportamientos puede ser respecto de la «familia» –la sociedad de gananciales– o el otro cónyuge (artículos y 1381 y ss. y 1390 y 1391 CC). Por esta razón la efectividad de la compensación se prevé que sea en el momento de la liquidación (artículos 1392 y ss. CC), a la vez que se prevén acciones para procurar que este momento no se vea defraudado (artículos 1390 y 1391 CC). En cuanto al **régimen de comunidad** es el más conteste con la naturaleza «institucional» del matrimonio. Todo el patrimonio pertenece a la familia que, como «institución», supera a los dos cónyuges. Este régimen tiene en cuenta que la unión de las personas genera unos intereses superiores a ellas, a los que se somete el patrimonio familiar (artículo 394 CC). El régimen de adquisición y administración siempre tiene en cuenta el interés familiar, al cual se someten los dos cónyuges a la hora de decidir.

IV. LA SOCIEDAD «PRE» Y «POST-GANANCIAL»

IV.1. En general

II.

Desde un punto de vista «contractual» no existe ninguna dificultad para que todo el régimen económico, antes, durante y después del matrimonio sea susceptible de pacto (artículo 1325 CC). En tanto que los efectos del pacto pueden prever lo que suceda con el patrimonio después del divorcio (capitulaciones matrimoniales con el contenido de un convenio regulador)⁶⁰, puede distinguirse doctrinalmente entre sociedad «pre-ganancial», ganancial y «post-ganancial». ¿Qué características tendrían la sociedad «pre» y «post-ganancial»?

- La sociedad «**pre-ganancial**»⁶¹ aparece desde el momento en que puede existir una serie de relaciones económico-patrimoniales que tienen como destino el matrimonio. Esta

60. Este tipo de consecuencias se alcanzan sin dificultad eludiendo la visión tradicional del matrimonio como «institución». La base contractual del matrimonio desdibuja el entorno de «deberes absolutos» de la institución, dejando el régimen familiar en manos de los cónyuges. Uno de los casos más citados en la literatura de EEUU en donde se habla de la validez de los pactos pre-matrimoniales en previsión del divorcio es la sentencia del Tribunal Supremo de Florida *Posner v. Posner* (1970, 233 So. 2d 381).

61. Se habla de la extensión del régimen del matrimonio a las situaciones en que las mujeres están solteras: DOBLER, Ariela R.: «In the Shadow of Marriage: Single Women and the Legal Construction of the Family and the State», en *The Yale Law Journal*, 112/2003.

situación se describe por la posibilidad de que exista una convivencia *more uxorio* que terminan en matrimonio, la posibilidad de capitulaciones matrimoniales antes y a condición del matrimonio (artículos 1326 y 1334 CC), de las donaciones por razón del matrimonio (artículos 1336 y 1342 CC), los supuestos de subrogación real (artículos 1354 y 1357 CC)⁶² y la responsabilidad por incumplimiento de la promesa de matrimonio (artículos 43 y 1902 CC)⁶³.

- La sociedad «**post-ganancial**» existe desde el momento en que se disuelve la sociedad de gananciales (sentencia de separación) y hasta su liquidación. También se describe esta situación especial por la responsabilidad frente a terceros de los bienes gananciales después de la disolución e incluso liquidación de la misma (artículos 1317 y 1399 y ss. CC; v. FJ 3, STS de 20 de marzo de 1989, Ponente: Sr. Morales Morales; FJ 7, STS de 8 de octubre de 1990, Ponente: Sr. Martínez Calcerrada).

Cuando ha existido una situación de separación de hecho larga, se retrotraen los efectos de la disolución para evitar el abuso de derecho (en realidad: económicamente para evitar el enriquecimiento injusto a través de la aplicación formal de una norma como se verá) (artículos 1393.3 y 1394 CC). Son casos en que, separados de hecho los cónyuges, cada uno hace su vida sin contar con el otro, siendo sorprendidos por la separación legal y la disolución del régimen económico, con lo que puede existir un claro abuso de derecho por quien intenta aprovechar una situación de hecho sin aclarar (SSTS de 13 de junio de 1986; 26 de septiembre de 1987; 17 de junio de 1988; 23 de diciembre de 1992, etc.)

12.

En este punto es importante matizar alguna cuestión interpretativa respecto de la sociedad «post-ganancial» para ver su relación con la sociedad de gananciales y la sociedad «pre-ganancial».

Ayuda a enfocar adecuadamente los problemas que se presentan en la sociedad «**post-ganancial**» **separarse de afirmaciones como la que dice que la disolución de la sociedad de gananciales pone a un patrimonio en vías de liquidación, o esa otra que afirma que no puede haber disolución sin liquidación...**⁶⁴. Existen muchas razones y supuestos en los que

62. Los problemas que se presentan en esta situación fueron tenidos en cuenta por la doctrina desde antiguo: v. SCAEVOLA, Q. M.: *Comentario al Código civil* (artículos 1392-1444), 1905, pp. 188 y ss. Muy interesante la STS de 25 de marzo de 1993 (Ponente: Sr. Almagro Nosete), en donde reconociéndose que el primer desembolso para la adquisición de la vivienda era privativo, ello obedeció a que existían otros gastos, de forma que, teniendo como destino la vivienda de la familia, no se considera infringido el artículo 1396.4.º CC.

63. Desde una concepción del matrimonio fundamentada en el principio de libre autonomía de la voluntad, en la que se tiene en cuenta su situación junto con las relaciones *more uxorio*, esta fase es especialmente importante. Se insiste en ella a la hora de diseñar una regulación del matrimonio basada en el principio de autonomía de la voluntad: v. ESPINAR VICENTE, José M.: *Sobre la urgente...*, *op. cit.*, p. 487.

64. Críticamente: MATEO SANZ, J.B.: *La sociedad de gananciales: su liquidación simultánea*, 2001, pp. 124 y 129. Es importante la STS de 16 de diciembre de 1996 (Ponente: Sr. Almagro Nosete). Se plantea el caso en que una mujer que convivía *more uxorio*, ante la promesa cierta de matrimonio, abandona el inmueble donde residía, en régimen de alquiler, perdiendo también los ingresos que obtenía por los huéspedes que alojaba. Aclara el FJ 4 de la sentencia que los casos de convivencia unas veces son éstos, pero en otras ocasiones son *preparaciones al matrimonio*. En este sentido, señala ese mismo fundamento que las consecuencias de la promesa incumplida y los efectos de la ruptura de la convivencia son diferentes. De esta forma, en el FJ 6 se dice que los daños producidos por el incumplimiento de la promesa de matrimonio deben resarcirse a través del artículo 1902 CC. En cuanto al problema de la adjudicación de la vivienda familiar, la sentencia resuelve el problema (FJ 7), señalando que los argumentos sobre el enriquecimiento injusto, la analogía de los regímenes económicos matrimoniales o el artículo 43 CC son incorrectos; el problema se soluciona a través de los principios de protección de la familia en los casos de crisis matrimonial (artículos 96.1 y 4.1 CC).

una sociedad «post-ganancial» o la misma sociedad de gananciales sigue durante un largo período de tiempo por razones económicas⁶⁵.

Afirmar que al disolverse una sociedad de gananciales se está a la espera de la liquidación (v. artículo 1396 CC), oculta el hecho, incluso razonable económicamente en muchos casos (v. artículo 400 CC), de que los cónyuges sigan manteniendo, administrando y disponiendo de los bienes dentro de la propia sociedad «post-ganancial». Por otro lado, se obvia que muy frecuentemente este tipo de comunidad es posible en caso de muerte de uno de los cónyuges (FJ 7, STS de 8 de octubre de 1990, Ponente: Sr. Martínez Calcerrada). Se crea la errónea expectativa general de que la sociedad «post-ganancial» es un momento pasivo, neutro, intrascendente hasta que llega la liquidación. Cuando, quizás, los propios cónyuges se mantengan en el mismo a propósito (por ejemplo, para aprovechar el incremento del precio de la vivienda) o, como decía, aparezca, y se mantenga durante mucho tiempo, por la muerte de uno de los cónyuges durante mucho tiempo (en muchos casos hasta la muerte del otro). De hecho esta situación es muy frecuente y problemática⁶⁶.

En realidad, con esta afirmación se quería evitar el problema que se crea desde una interpretación «institucional» del matrimonio y en un entorno social acorde con ella. Ésta es: de no exigirse la liquidación se estaría confiriendo al cónyuge supérstite —sobre todo si era el esposo por el derecho de representación de la mujer— el derecho de disposición sobre esos bienes gananciales, lo cual podría llevar a perjudicar a los herederos (v. el límite del antiguo artículo 1413 CC y STS de 27 de marzo de 1989, Ponente: Sr. Albácar López⁶⁷). La generalización de esta regla parece adecuada en una sociedad en donde la mayoría de las disoluciones de la sociedad de gananciales tenía su causa en la muerte de uno de los cónyuges. Actualmente esto ya no es así, y por ello es oportuno apartar esa consecuencia como presupuesto interpretativo.

Así, si desde una concepción «institucional» del matrimonio y la familia se defendiera **que la sociedad «post-ganancial» tenía la misma naturaleza que la sociedad de gananciales: comunidad germánica⁶⁸**, en no todos los casos de disolución (sobre todo los que no tengan su causa en la muerte de uno de los cónyuges) puede mantenerse esta idea.

65. Incluso existiendo una separación de hecho muy prolongada la Jurisprudencia ha considerado que puede entenderse que ni siquiera se quería disolver el régimen económico matrimonial. Por ejemplo, en el caso en que se produce la separación de hecho, pero se forma entre los dos una sociedad anónima para la explotación de unas máquinas recreativas, se ha dicho que es una prueba de la falta de voluntad de disolver la sociedad conyugal (STS de 26 de abril de 2000, Ponente: Sr. Marín Castán). En Estados Unidos, por ejemplo, esta situación se contempla expresamente en el tipo de divorcio *a mensa et thoro*, en el que lo único que desaparece es el derecho de cohabitación.

66. Puede existir disolución sin liquidación (pensemos en la posibilidad de retrasar y evitar la efectividad de un embargo: FJ 9 de la STS de 8 de octubre de 1990, Ponente: Sr. Martínez Calcerrada). Se ha dicho con agudeza que el pacto de comunidad continuada sería una forma de liquidar la sociedad de gananciales eludiendo sus reglas (ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A.: *Curso de Derecho de Familia*, 1989, tomo 1, pp. 270 y 271, nota 81). Cfr., no obstante, RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La Comunidad postganancial*, 1997, p. 27.

67. Esta sentencia está comentada por JAVIER FERNÁNDEZ COSTALES en *La Ley*, 1989, 3, p. 159.

68. PEÑA BERNALDO DE QUIRÓS, *Derecho de Familia*, 1989, pp. 283 y 284; RAMS ALBESA, J.: *La Sociedad de Gananciales*, 1992, pp. 416 y 417. Incide en la dimensión sucesoria que tiene la regulación de la sociedad de gananciales JACOBO B. MATEO al desarrollar la cuestión de la liquidación simultánea de sociedades de gananciales (vgr. artículo 1409 CC): v. MATEO SANZ, J.B.: *La sociedad de gananciales: su liquidación simultánea*, 2001, pp. 25 y ss. Los artículos 75 y 88 de la Ley 2/2003 sobre el Régimen matrimonial y de viudedad en Aragón señalan como regímenes supletorios para la disolución de la comunidad conyugal y a la que se forma después de la disolución del régimen de la comunidad hereditaria.

Respecto de la sociedad «pre» y «post-ganancial» es posible encontrar un régimen interpretativo común al tener como base del matrimonio y la sociedad de gananciales el «contrato». Lo importante es que la sociedad «pre» y «post-ganancial» tienen las mismas razones de ser. La primera, que **la sociedad de gananciales no ha empezado o terminado**. La segunda, **la voluntad de las partes**. El primer requisito no necesita de más aclaraciones (no obstante, sobre la retroacción de los efectos de la disolución, v. 11); el segundo sí; al aceptarse, se pone en primer término de valoración de la sociedad «pre» y «post-ganancial» la libertad contractual y el principio de libre autonomía de la voluntad. Es decir, se tiene la misma perspectiva a la hora de analizar el matrimonio como «contrato» que todo el régimen económico familiar; sea cual sea la «clase de familia». Ello tiene como consecuencia que los problemas en las relaciones económicas tengan una clara perspectiva de solución contractual.

Con este tipo de interpretación no se excluye ninguna posibilidad. El que la sociedad de gananciales no haya empezado o no haya terminado no supone sin más que su régimen no resulte aplicable⁶⁹, pero tampoco se excluye la aplicación de otro distinto. Y en aquellos casos en que no se hubiese pactado nada, existirá el recurso interpretativo de la **interdicción del enriquecimiento injusto**.

De esta forma el entorno de solución de los problemas pasa del dogmatismo de la comunidad germánica, romana o societaria, a la funcionalidad del propio sistema que intentará evitar el **enriquecimiento injusto**⁷⁰.

Esta perspectiva es conteste con las nuevas técnicas defensivas que se están reconociendo en el Derecho de Familia para la protección del patrimonio. Al acentuarse el aspecto individual de los cónyuges y, por ende, «contractual» del matrimonio y la familia, se ha pasado de resolver muchos problemas patrimoniales de la vía de la liquidación patrimonial a la vía de la acción personal (v. 10). Hay que tener en cuenta que es en el Derecho de Familia de los Códigos, que contemplan una acción muy restringida por enriquecimiento injusto, donde se está facilitando esta acción por la Jurisprudencia.

En este sentido son de enorme interés las sentencias de la Cámara de Casación de Francia que en dos casos de divorcio reconocen una acción de enriquecimiento injusto para compensar aportaciones a la familia⁷¹. Esta solución se extendió con rapidez como fórmula de solución a las «parejas de hecho»⁷². Como enseguida veremos a esta solución ha ido a arribar la Jurisprudencia y alguna ley autonómica en España para resolver las cuestiones patrimoniales en el caso de parejas de hecho (v. 13).

69. Se puede pactar este régimen económico. Quienes han negado esta posibilidad querían evitar una asimilación de las «parejas de hecho» al matrimonio, cuando la sociedad de gananciales es esencialmente un sistema formal de compensación que puede funcionar en muchos tipos de relaciones.

70. La acción de enriquecimiento injusto se admite en casos en que ha existido separación de bienes: BÉNABENT, A.: *Droit civil, op. cit.*, p. 261. Respecto de las parejas de hecho: artículo 7 de la Ley 6/1999, de 26 de marzo (Aragón); artículo 5.5 de la Ley Foral 6/2000, de 3 de julio (Navarra); artículo 41.2 de la Ley 9/1998, de 15 de julio (Cataluña), artículo 6.2.b) de la Ley 2/2003, de 7 de mayo (País Vasco). Se plantea la duda de si los acreedores de la sociedad de gananciales podrían hacer efectiva la responsabilidad sobre los bienes integrantes de la sociedad «post-ganancial» una vez individualizados. Se ha defendido que no (v. GONZÁLEZ ACEBES, B.: «El Régimen jurídico de la comunidad post-ganancial», en *RCDI*, 610/1992, pp. 1181 y ss.) No obstante, con el artículo 1370 CC puede defenderse lo contrario, si se imagina el caso en que el bien ganancial termina de adquirirse después de la disolución de la sociedad de gananciales.

71. Cass.civ., 19 January 1953, D. 1953.234 y Cass.civ., 26 de mayo de 1965, D. 1965, J.628.

72. Cass.civ., 15 July 1995, Lexiler/cass. 93/19/205.

Con la perspectiva de la interdicción del enriquecimiento injusto se es consecuente con una visión fundamentalmente privada del matrimonio y del Derecho de Familia que lo haga compatible con los otros modos familiares que actualmente existen. Incluso es una solución dogmática preferible; es más sencilla que la de acudir a interpretaciones combinadas de los principios de la comunidad romana, la germánica y la sociedad⁷³.

IV.2. La Jurisprudencia y las parejas de hecho

13.

La jurisprudencia ha ido evolucionando en sus argumentos hasta llegar a resolver las cuestiones patrimoniales que se suscitan en situaciones de «relaciones de hecho» a través de la idea de la **interdicción del enriquecimiento injusto**. A esta solución le ha conducido el tener que resolver los problemas planteados por unas situaciones queridas por las propias personas que, sin estar prohibidas, se movían al margen de lo previsto por la Ley. En el razonamiento judicial, con excepciones, y bajo el adorno de la perspectiva de la «comunidad de bienes» o el juego de la analogía para aplicar el artículo 97 CC, subyace siempre la idea de evitar el enriquecimiento injusto.

En el siguiente apartado únicamente dejaré constancia del camino seguido por la Jurisprudencia en los casos de rupturas de «parejas de hecho». La perspectiva es oportuna ya que la solución de la acción del enriquecimiento injusto es consecuente con la perspectiva de un Derecho de Familia de mínimos (ver *Esquema III*).

En las **rupturas de las «uniones de hecho»** se presentan a los Tribunales modelos de familia libremente escogidos por los implicados. Los derechos fundamentales en los que se apoya esta situación son la igualdad y la libertad de las personas (artículos 10, 14 y 16 CE). Cuando sobreviene la ruptura de la relación se suele plantear un entorno de solución ajustado a la situación de convivencia que se ha generado para los bienes⁷⁴. Como he dicho, la Jurisprudencia después de probar distintas soluciones ha terminado por reconocer técnicamente, por vía de acción, la vigencia del principio de solución del enriquecimiento injusto en estas situaciones. La descripción de la evolución puede hacerse siguiendo un criterio conceptual en cuatro apartados.

1.º A través de la responsabilidad **extracontractual** (STS de 16 de diciembre de 1996).

2.º Apreciando una **comunidad de bienes** (SSTS de 18 de mayo de 2002 y 29 de octubre de 1997). La Sentencia de 29 de octubre de 1997 (Ponente: Sr. Sierra Gil de la Cuesta) aplica en el momento en que se separa la pareja *more uxorio* el régimen de comunidad de bienes, señalando como base de este argumento el que en realidad estamos ante parejas similares a las matrimoniales, a las que sólo les falta el requisito formal (civil o religioso) (FJ 1). Existe un número de supuestos en que se presenta a los Tribunales una «pareja de hecho» que ha

73. GUILIARTE GUTIÉRREZ, V.: «La naturaleza actual de la sociedad de gananciales», en *ADC*, 1992, p. 875.

74. En general: LÓPEZ AZCONA, A.: *La ruptura...*, op. cit., pp. 17 y ss.; TORRES GARCÍA, T.: «Régimen Económico matrimonial y Uniones de Hecho», en *VVAA, Matrimonio y Uniones de Hecho*, 2001, pp. 39 y ss.

llevado una actividad económica conjunta. En estos casos son parejas que han aportado esfuerzo, trabajo y patrimonio recíprocamente para la obtención de ganancias. Se habla entonces de «**sociedades irregulares mercantiles**» (STS de 18 de mayo de 1992), o simplemente de «**sociedad civil irregular**» (STS de 10 de diciembre de 1993).

3.º Concediendo una **pensión compensatoria** (SSTS de 5 de julio de 2001⁷⁵ y 16 de julio de 2002)⁷⁶.

4.º Directamente a través del **enriquecimiento injusto** (SSTS de 11 de diciembre de 1992 y 27 de marzo de 2001). Se dice últimamente, en un caso en que se intentó aplicar el régimen de comunidad de bienes para llegar a la compensación, que ello no es necesario porque resulta obvio que las partes no quisieron pactar una comunidad de bienes, pero, no obstante: «... tras una larga convivencia, no puede quedar una de las partes en situación absolutamente desfavorable respecto de la otra, en el sentido de que todos los bienes hayan sido adquiridos por uno solo, como si el otro no hubiera colaborado con su atención personal y colaboración en trabajo fuera o dentro de la casa; en otro aspecto, se trata, no tanto de imponer una normativa a una situación de hecho, sino de evitar el perjuicio injusto a la parte más débil de una relación» (FJ 4, STS de 17 de enero de 2003, Ponente: Sr. O'Callaghan)⁷⁷.

IV.3. La sociedad «pre» y «post-ganancial» y la vivienda familiar

14.

La adquisición de la **vivienda familiar** presenta, en la sociedad «pre-» y «post-ganancial», problemas similares. El hecho de que la adquisición de la vivienda continúe vigente o no, una vez disuelta la sociedad de gananciales es una circunstancia que altera lo que sería el régimen general.

La alteración a la que me refiero dogmáticamente es más pronunciada si se parte de una consideración del matrimonio como «institución» y, consecuentemente, de una interpretación de la sociedad de gananciales cercana a los principios de la comunidad de bienes. Pero, desde una perspectiva «contractual» es posible un régimen interpretativo común cuando la adquisición de la vivienda se produce a plazos y, o bien se termina de pagar constante el matrimonio, o se termina de pagar después de la disolución del régimen económico de gananciales.

15.

Los supuestos problemáticos a los que me refiero son éstos:

A) Piénsese en los casos de **convivencias more uxorio** que terminan en matrimonio (sociedad «pre-ganancial») y en los que la vivienda comienza siendo adquirida por uno solo

75. Comentario a esta sentencia: SALAZAR BORT, S.: «Parejas de hecho y Pensión compensatoria», en *AC*, 2/2002, pp. 751 y ss.

76. Opción del artículo 4 de la Ley 11/2001, de 19 de diciembre, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Madrid.

77. Opción del artículo 7 de la Ley 5/2003, de 20 de marzo, de Parejas de Hecho de la Comunidad Autónoma de Extremadura.

de los cónyuges, produciéndose el pago del resto del precio con posterioridad, y a costa del otro (vgr., SAP de las Palmas de 3 de noviembre de 1997, Ponente: Sr. Ricardo Moyano).

En estos casos, cuando se produce la crisis del matrimonio, se argumenta que es injusto que quien no ha contribuido, o lo ha hecho de forma exigua, a la adquisición de la vivienda tenga una parte de la misma igual a aquel que ha contribuido de forma decisiva a adquirirla⁷⁸.

B) También son relevantes los problemas que se suscitan cuando la vivienda, **adquirida vigente la sociedad de gananciales, continúa siendo pagada por uno solo de los cónyuges**—disuelta pero sin haberse liquidado la sociedad de gananciales (sociedad «post-ganancial»)—. En estos casos, no es lo mismo reconocer un crédito que una cuota sobre el bien a quien ha hecho los desembolsos después de disuelta la sociedad de gananciales. A la primera solución se llega si se parte de la idea de que la sociedad de gananciales se ha disuelto, que el patrimonio queda a la expectativa de liquidarse y no existe ningún tipo de comunidad de bienes activa económicamente. La segunda solución se alcanza si, pese a disolverse la sociedad de gananciales, se tiene en cuenta que el patrimonio en la sociedad «post-ganancial» puede seguir activo económicamente. En la primera posibilidad las aportaciones económicas son de mantenimiento del bien, en la segunda son inversión.

En este caso, el criterio económico tiene su fundamento jurídico en el principio de interdicción del enriquecimiento injusto. Pienso que es el correcto, además de por ser una solución traída del sistema que aquí expongo (v. 4 bis y 12), porque con él se eluden las dificultades a las que nos arroja la perspectiva general de solución de acuerdo a la «naturaleza jurídica» de la comunidad «post-ganancial», a la vez que describe la situación jurídica del patrimonio en general y de la vivienda familiar en especial en la sociedad «post-ganancial». Aclararé estas dos últimas afirmaciones.

Respecto a los problemas que se presentan a través de la naturaleza jurídica de la sociedad «post-ganancial». Piénsese que si se dice que es una comunidad romana, no se explica cómo es que la cuota es intransmisible. Si se dice que es germánica, no se explica cómo es que cada comunero pueda pedir la partición. Por otro lado, puede existir la intención de posponer la liquidación para conseguir un mayor rendimiento económico a la inversión inmobiliaria (estaríamos en este sentido ante una sociedad) (v. 12). Desde esta perspectiva resulta intrascendente el hecho de que la vivienda familiar sea, como así es generalmente, el bien en el que más ahorra la familia y, por lo tanto, el que económicamente se comporte de forma más dinámica (v. 16).

En cuanto a la explicación, a través de la idea de interdicción del enriquecimiento injusto, de la situación del patrimonio y, en concreto, de la vivienda familiar, en la sociedad «post-ganancial», con ella se entiende, por ejemplo, que el régimen de la sociedad «post-ganancial» sea neutro respecto de las adquisiciones y vicisitudes del patrimonio de cada uno

78. Aunque desde el punto de vista de las aportaciones esto es evidente, desde el punto de vista de la responsabilidad no es tan claro. Se ha señalado, por ejemplo, a la hora de examinar la exención del artículo 45.I.B.3 LITP, si la aportación por parte de la esposa de un inmueble privativo a la sociedad de gananciales está exento del impuesto. Señalando la Jurisprudencia que no, ya que se enriquece al conseguir otro deudor (la sociedad de gananciales) además de ella (STSJ de Extremadura, de 29 de enero de 2003, Ponente: Sr. Merino Jara).

de los cónyuges⁷⁹; que el patrimonio «post-ganancial» esté afecto a las deudas gananciales; que la cuota que sobre el mismo tenga cada cónyuge sea embargable y el que sobre los bienes en que se concrete pueda ejecutarse el crédito (STS de 28 de septiembre de 1993, Ponente: Sr. Martínez Calcerrada). Además, será el principio de interdicción del enriquecimiento injusto el que sirva al final para optar por la solución de la cuota o el crédito en el caso de que la vivienda familiar se siga pagando después de la disolución de la sociedad de gananciales por uno solo de los cónyuges.

15 bis

Como se comprueba, el principio de interdicción del enriquecimiento injusto nos sirve para explicar el fenómeno de que el Código Civil se separe de las normas generales sobre subrogación real (artículo 1357.2.º CC) (al tener en cuenta el momento de la sociedad «pre-ganancial») y de las acciones de cobro basadas en el valor actualizado de las aportaciones económicas (artículos 1346, 1347, 4.º; 1358, 1359, 1364, 1397 y 1398 CC) (v. 17). A la vez se facilita la extrapolación de esta solución a los problemas que se presentan cuando la vivienda se termina de adquirir vigente la sociedad «post-ganancial» por uno solo de los cónyuges.

La solución da unidad interpretativa a la sociedad «pre-ganancial», ganancial y «post-ganancial», desde un sistema interpretativo del Derecho de Familia basado en el «contrato». Además, dogmáticamente el tratamiento de todos estos momentos desde la perspectiva de la interdicción del enriquecimiento injusto permite, por un lado, acercarnos a las comunidades que flanquean a la sociedad de gananciales como comunidades funcionales⁸⁰, a la vez que explicar el que, por aplicar este mismo principio, la Jurisprudencia no tenga en cuenta las reglas de la subrogación real o retrotraiga los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales⁸¹.

La **comunidad funcional** se ha aplicado para resolver los problemas que surgen en comunidades económicas como los garajes, la multipropiedad o las urbanizaciones privadas, etc., pero puede aplicarse a otros casos. Lo importante a tener en cuenta es que la comunidad funcional no es un tipo de comunidad dogmático al lado de la germánica, la romana y nítidamente separada de la sociedad. Con este tipo de comunidades lo que se pretende es conseguir una mayor eficiencia económica. Según la finalidad económica que se pretenda puede ser más o menos interesante mantener o no la indivisión de la comunidad⁸², el sistema de participación, etc. Con ello no se desnaturaliza ni la sociedad ni la

79. Cfr. DÍEZ-PICAZO, L.: *Sistema de Derecho civil*, 1983, tomo IV, p. 262. El autor mantiene esta opinión porque concibe el patrimonio «post-ganancial» como un patrimonio abocado a la liquidación. Evidentemente los frutos de los bienes privativos pendientes en el momento de la disolución se incluirían como gananciales (CUTILLAS TORRES, José M.ª: «La disolución de la sociedad legal de gananciales. Efectos jurídicos y posición de los acreedores frente a la misma», en *La Ley*, 2/1991, p. 1235).

80. Comentario a la sentencia Cass. 15 maggio 1997, n. 4306 (Nuova giur.civ.comm., 1999, I, p. 278) de Zanuzzi, «I trasferimenti immobiliari tra coniugi in sede di separazione consensuale», en *Fa.dir.*, 1997, p. 420.

81. Rota la convivencia conyugal, no cabe que un cónyuge reclame derechos sobre unos bienes que no ayudó a comprar, pues ello es contrario a la «buena fe» y es «abuso de derecho» (STS de 24 de abril de 1999). Cfr., no obstante, SAP de Barcelona, Secc. 12, Ponente: Sr. Ortuño Muñoz.

82. Se argumenta a favor de la posibilidad de una cotitularidad indivisible por razones funcionales: v. GODOY DOMÍNGUEZ, Luis A.: «La Comunidad funcional», en *ADC*, 1/2002, p. 166.

comunidad, sino que la realidad social trae a primer plano de interpretación la razón de su existencia⁸³.

IV.4. La plusvalía inmobiliaria

16.

Al ser la vivienda el bien principal de la familia, el incremento de su valor en los últimos años ha hecho que se generalice el problema de qué criterio seguir para su liquidación cuando se ha comenzado a adquirir antes del matrimonio por uno de los cónyuges o ha sido pagada con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales por uno solo de los cónyuges⁸⁴.

Si el bien tuviese un valor uniforme, daría igual reconocer un «crédito» contra la sociedad (artículo 1403 CC) que una «cuota» sobre el bien, pero, fluctuando en el mercado el precio del bien por encima del precio del dinero, no es lo mismo una u otra interpretación⁸⁵. Estamos ante un bien de inversión(v. 15).

Esta circunstancia ha sido tenida en cuenta por la ley a la hora de regular el caso de la subrogación real en el caso de la vivienda familiar, pero también por la Jurisprudencia en relación a los problemas que se le han presentado a propósito de la valoración de los inmuebles a la hora de liquidar la sociedad de gananciales y los casos en que la vivienda termina de ser pagada por uno solo de los cónyuges –disuelta ya la sociedad de gananciales–. Aunque en extenso se tratará inmediatamente el modo en que la Jurisprudencia se ocupa de esta última cuestión, aquí dejo apuntada cuál es la posición de la Jurisprudencia en relación con la valoración de determinados inmuebles.

Los problemas han surgido con las **viviendas de protección oficial**. Este tipo de viviendas, por exigencias de la ley, están al margen de los precios de mercado durante muchos años. Al plantearse al Alto Tribunal el problema de si el valor a tener en cuenta con estas viviendas en la liquidación de la sociedad de gananciales es el de mercado o el que consta en la legislación administrativa, el Tribunal Supremo se ha pronunciado a favor del valor de mercado, ello, sobre el argumento de que de lo contrario se posibilitaría el **enriquecimiento injusto** de uno de los cónyuges (por todas: FJ 1, STS de 16 de mayo de 2000, Ponente: Sr. Román García).

83. SAP de Granada de 4 de abril de 1994; AP de La Rioja de 3 de abril de 1992; AP de Córdoba de 15 de junio de 1992; SAP de Pontevedra de 6 de abril de 1998, etc. Cuando ha existido una explotación mercantil de la comunidad hereditaria, se ha dicho por la Jurisprudencia que estábamos ante «comunidades societarias» (SSTS de 16 de abril de 1942; 21 de diciembre de 1965 y 6 de octubre de 1990, etc.) Dogmáticamente no está justificado seguir manteniendo una separación nítida entre comunidad y sociedad: v. PAZ ARES, C., VVAA, *Comentarios al Código Civil*, 1991, pp. 1305 y 1370; de forma indirecta, en la interpretación sistemática de los artículos 1384, 1390 y 1391 CC (v. AVILÉS GARCÍA, J.: «El artículo 1384 del Código Civil y la Sociedad de Gananciales», en *La Ley*, 4/1991, pp. 1205 y ss.; DE LA CÁMARA, M.: «El contrato de sociedad. ¿Crisis del concepto?», en *Academia Sevillana del Notariado*, tomo VII, 1993, p. 425; GODOY DOMÍNGUEZ, Luis A.: «La Comunidad funcional», en *ADC*, 1/2002, p. 197; FERNÁNDEZ DEL POZO y DE ALARCÓN ELORRIETA: «Aproximación al estudio de las nuevas categorías de cotitularidad jurídica: las comunidades funcionales y los fondos de gestión», en *RCDI*, 1989, p. 618). Una síntesis del estado de la cuestión relativa a la personalidad jurídica de las sociedades: RAISER, T.: «Der Begriff der juristischen Person. Eine Neubestimmung», en *Archiv für die civilistische Praxis*, 1999, pp. 104 y ss.

84. MARÍN PADILLA: «Estudio y aplicación de la subrogación real en el Derecho de Familia», en *RCDI*, 1978, p. 765.

85. CUTILLAS TORNOS, José M.ª: «La disolución de la sociedad...», *op. cit.*, p. 1236.

V. SOLUCIÓN ECONÓMICA FUNCIONAL

V.1. Solución legal

A) La adquisición de la vivienda a plazos y sociedad «pre-ganancial»

17.

La «vivienda familiar» es en la mayoría de los casos el bien de **más valor** y, en los últimos tiempos, en el que el ahorro produce una plusvalía muy importante.

En muchos casos se empieza a comprar antes del matrimonio y, en no pocos casos también, roto el matrimonio, se sigue pagando.

El Código Civil señala en los artículos 1354 y 1357 las soluciones a los casos en que los bienes se empiezan a comprar a plazos antes del matrimonio y cuando este bien es la vivienda (v. el problema en 15). Se sigue de forma general un criterio de subrogación real: **los bienes que han sido comprados a plazos por uno de los cónyuges antes del matrimonio son privativos constante la sociedad de gananciales**. Pero, para el caso de la vivienda familiar, se señala otra solución. En el artículo 1354 CC, por remisión del artículo 1357.2 CC, se dice: *Los bienes adquiridos mediante precio o contraprestación, en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán proindiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas*.

La norma no tiene su razón de ser en la protección a la familia en el sentido del artículo 1320 CC⁸⁶, sino en otras dos razones:

1.º La norma se inspira en una visión «institucional» del matrimonio y la familia. Este carácter explicaría que en la vivienda se prescinda del régimen de la subrogación real para **intensificar en este bien la comunidad**. Sólo porque en este bien se tiene en cuenta el «interés familiar» es posible esta consecuencia. Evidentemente ello no supone una mayor protección de la familia, sino simplemente el reconocimiento de un *status* a un bien con implicaciones económicas para los cónyuges en el momento de la liquidación.

2.º **La importancia económica del bien justifica la norma**. La norma posibilita el ahorro de quien no aporta dinero pero sí trabajo a la familia; a la vez el sistema es compatible con la compensación económica justa por las aportaciones en caso de que los dos miembros de la familia contribuyesen económicamente a su adquisición⁸⁷. Este tipo de consideración económica sólo es posible por la calificación de «familiar» del inmueble.

86. Prescindiendo del criterio económico no se explica muy bien la excepción del artículo 1357.2 CC frente a su número 1.º: no es plausible la explicación de que en el caso de la vivienda se quiera corregir el defecto general de entender en todos los bienes comprados a plazos el que sigan el régimen de la naturaleza del primer pago: Cfr. LACRUZ, José L., VVAA, *Elementos de Derecho Civil...*, op. cit., p. 359.

87. Puede decirse también que se evitaría el enriquecimiento injusto de quien realiza únicamente la primera aportación para la adquisición de la vivienda, siendo pagada después por el otro cónyuge: v. GARCÍA DE BLAS VALENTÍN-FERNÁNDEZ, M.ª Luisa, VVAA, *Instituciones...*, op. cit., p. 102.

La eficiencia del sistema busca en cada caso la ponderación de estas dos razones para encontrar una solución *funcional*. Por ello, si el inmueble que no es «familiar», o la convivencia ha durado muy poco (en contra: STS de 7 de junio de 1996, Ponente: Sr. Gullón Ballesteros; en este sentido: SAP de Asturias de 25 de junio de 1993, Ponente: Sr. Ramón Abelló) no se aplica esta regla.

Del juego de los artículos 1354, 1356 y 1357 CC por lo tanto, extraemos las siguientes consecuencias:

a) Si el primer desembolso es ganancial: la vivienda será ganancial.

b) Si el primer desembolso es privativo: puede ser privativa, o entenderse ganancial: porque los intereses comunitarios y familiares están más protegidos (por vía de la presunción de ganancialidad⁸⁸). La solución práctica va a depender de circunstancias como la de que existan otros inmuebles y la calificación de «familiar» de alguno de ellos.

c) Si la vivienda comienzan comprándola los dos futuros cónyuges: nacería una comunidad tripartita: entre ellos en indivisión ordinaria y, después, con la sociedad de gananciales⁸⁹.

Como se sabe es compleja la prueba de la procedencia de las inversiones. De hecho, como se verá en el examen de la Jurisprudencia en ocasiones se acude a corrección del sistema por la vía del abuso de derecho (v. 19). El aspecto formal de la procedencia del pago y el entorno de confianza en que se está hace que las formas en muchas ocasiones no se tengan en cuenta, y la seguridad se ve así defraudada. Por ello, la racionalidad del sistema se completa con lo que dispone el artículo 91.2.º y 3.º RH⁹⁰. Este artículo intenta que sea en el mismo entorno en que la «confianza» produce la dificultad en la prueba donde ésta se resuelva. Este artículo trae a un nivel interpretativo preferente la voluntad de las personas que contraen matrimonio. Los cónyuges pueden así controlar las aportaciones que se hagan para que sus derechos económicos no se vean defraudados⁹¹. Es decir, el «interés familiar» pende de que los cónyuges lo reconozcan, y en la medida que lo hagan, como existente al desarrollar el *status* jurídico de la vivienda. No es por lo tanto un «interés» que venga ya impuesto por la propia «institución» del matrimonio y la familia, sino que puede ser económicamente afectado por la voluntad de las personas. Esta perspectiva hubiese llevado a una consideración jurídica del «interés familiar» sin dar trascendencia a la voluntad de los cónyuges y, por lo tanto, conteste con el *principio de preferencia de la comunidad*.

En definitiva, con estas normas se posibilitaría la prueba de la privacidad de las aportaciones, según cuál fuesen y se hubiesen fijado los intereses económicos de los miembros de la familia (Cfr. RDGRN de 28 de septiembre de 1998). Ello, unido a la racionalidad económica

88. BERNALDO DE QUIRÓS, M.: *Derecho de Familia*, op. cit., pp. 240 y 241.

89. PRETEL SERRANO, J.: «Comentario al artículo 1357 CC», en *Comentario al Código Civil*, 1997, tomo II, p. 675.

90. Artículo 91 RH: «2.º El posterior destino de la vivienda familiar de la comprada a plazos por uno de los cónyuges antes de comenzar la sociedad, no alterará la inscripción a favor de éste, si bien, en las notas marginales en las que se haga constar con posterioridad los pagos a cuenta del precio aplazado se especificará el carácter ganancial o privativo del dinero entregado. 3.º La determinación de la cuota indivisa de la vivienda familiar habitual que haya de tener carácter de ganancial, en aplicación del artículo 1357.2 CC, requerirá el consentimiento de ambos cónyuges, y se practicará mediante nota marginal».

91. GARCÍA-GRANERO MÁRQUEZ, M.: «La ganancialidad sobrevenida del domicilio habitual del matrimonio», en *Anales de la Academia Matritense del Notariado*, tomo 37, p. 31.

del artículo 1357. 2.º CC, llevaría a una consideración de las aportaciones a la adquisición de la vivienda como una inversión; en este sentido, se explica también el que se siga un criterio de distribución de acuerdo con la «cuota» *proporcional* en razón de las aportaciones⁹².

Por último en este apartado, se suscita la duda de si la norma del artículo 1357.2 CC es una **norma de tráfico o de liquidación** (v. Circular Colegio Nacional de Registradores de 5 de junio de 1981). Se argumenta que tiene que ser una norma de liquidación, porque de lo contrario se daría la paradoja de que el cambio de domicilio haría cambiar el régimen de la comunidad⁹³. Pienso que la cuestión es irrelevante; se contempla el supuesto de adquisición de la vivienda familiar antes de comenzar la sociedad de gananciales (artículo 1357.1 CC), cualquier cambio de domicilio posterior a la entrada en vigor de la sociedad de gananciales inmediatamente está bajo el régimen general previsto en el artículo 1347 y, en su caso, 1354 CC.

B) La adquisición de la vivienda a plazos y sociedad «post-ganancial»

18.

El conjunto de normas que acabamos de examinar no soluciona explícitamente los problemas que aparecen cuando los plazos de la compra los ha realizado uno solo de los cónyuges con posterioridad a la disolución de la sociedad de gananciales.

En este momento se califica a la comunidad como «romana proindiviso» por la Jurisprudencia (v. 19). De esta forma se trata a la comunidad como un patrimonio compuesto por bienes y derechos muy diversos que hay que aclarar. Durante el período que ha durado la convivencia son muchas las relaciones que se han podido producir. Acreedores, herederos y los mismos cónyuges tienen una serie de derechos sobre el patrimonio que se haya podido ir formando. La ley quiere que sólo a través de un proceso de liquidación en que todos estos derechos puedan ser ejercitados se produzca la liquidación de la sociedad (artículos 1410 y 1082 CC).

No obstante, siendo esto así, la realidad es que este tipo de comunidad aparece en situaciones en las que nadie está interesado en la liquidación. Por ello, se habla también de su similitud, como comunidad dinámica de bienes, con la comunidad de bienes del Código Civil⁹⁴. Esta situación permite a los Tribunales actuar con bastante flexibilidad, tratando a la comunidad que se produce en este momento de acuerdo a criterios básicos de justicia en los que procura evitar el enriquecimiento injusto. Así, para el caso de la vivienda familiar, y cuando es éste el único bien que existe, se admitirá la acción de división del artículo 400 CC.

Del mismo modo, en cuanto al tratamiento que se da a la vivienda adquirida a plazos, cuando algunos de éstos se han pagado constante la comunidad «post-ganancial», la Juris-

92. Cfr. STS de 8 de febrero de 1993 (Ponente: Sr. González Poveda); STS de 12 de febrero de 1993 (Ponente: Sr. Fernández-Cid) y nuestro 19.A). Por ello, se entiende aquí que existe una comunidad romana: PRETEL SERRANO, Juan J.: «Comentario al artículo 1354 CC», en *Comentarios al Código Civil*, 1997, tomo 2, p. 666; MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª Teresa: *Compra financiada de vivienda familiar y sociedad de gananciales*, 2002, p. 38.

93. ÁVILA ÁLVAREZ, P.: «Inscripción de bienes de ausentes, de los cónyuges y de la sociedad conyugal», en *RCDI*, 1983, p. 283.

94. Después de la disolución se dice que estamos en comunidad similar a la comunidad de bienes de los artículos 392 y ss. CC. Pero existen diferencias. Primero, no existe acción de división de la cosa común (artículo 400 CC). Segundo, la valoración se realiza bien a bien y no sobre el conjunto (v. MONTERO AROCA, J.: *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, 2001, p. 267).

prudencia ha aplicado el criterio interpretativo que hemos visto en las reglas del artículo 1357.2.º CC. En la ponderación del «interés» familiar y el valor económico, ha reconocido al cónyuge que ha pagado esas cuotas durante el tiempo que ha durado la sociedad «post-ganancial» una cuota sobre el inmueble en proporción a las mismas⁹⁵. Por ejemplo, en un caso en que la esposa había pagado de soltera las cuotas del préstamo hipotecario y después del matrimonio siguió pagándolo ella sola, ha dicho el alto Tribunal que la vivienda pertenece «proindiviso» a la sociedad de gananciales y a la esposa en proporción al valor de las cuotas satisfechas (FFJJ 1 y 3, STS de 18 de diciembre de 2000, Ponente: Sr. Pedro González; v. también STS de 3 de abril de 2000, Ponente: Sr. García Varela).

Dogmáticamente la solución no es clara. Después de la disolución de la sociedad de gananciales en muchos casos el «interés familiar» no existe, y entonces no se justifica la aplicación del artículo 1357.2 CC. Si tratamos a la comunidad post-ganancial como una comunidad de bienes para alcanzar la misma solución (artículo 393 CC), entonces no se justifica el que la comunidad sea «proindiviso».

En mi opinión estas dificultades se eluden, precisamente tal y como lo hace la Jurisprudencia, aplicando criterios equitativos. Desde un punto de vista dogmático la situación la he explicado teniendo este tipo de comunidades como comunidades funcionales dirigidas por la idea de la interdicción del enriquecimiento injusto. Bajo esta idea se explica la aplicación del artículo 392 CC al problema que estamos examinando, a la vez que se mantiene el carácter de la comunidad como «proindiviso» cuando existan intereses que haya que aclarar en la liquidación.

V.2. Soluciones jurisprudenciales

19.

A) Respecto de la vivienda, en el caso de la sociedad «**pre-ganancial**», es importante saber si el inmueble se destina o no a vivienda de la familia.

Si el inmueble se destina a **vivienda de la familia** se aplicarían los artículos 1357.2 y 1354 CC.

Cuando, por el contrario, el inmueble **no se destina a vivienda familiar**, el pago de las primeras cuotas determina el carácter privativo o ganancial del inmueble. En la STS de 31 de octubre de 1989 (Ponente: Sr. López Vilas) el Tribunal Supremo dijo que la adquisición privativa del bien inmueble lo hace privativo aunque después se paguen cuotas por la sociedad de gananciales; lo que tendría en ese caso la sociedad de gananciales es un crédito por las cuotas satisfechas (v. también STS de 4 de diciembre de 2002, Ponente: Sr. Guillón Ballesteros). En estas soluciones se quería evitar el enriquecimiento injusto por abuso del Derecho. En efecto, dicho enriquecimiento se produciría porque se estaría tratando económicamente a un inmueble en consideración a un «interés familiar» inexistente en su calificación. Las aportaciones en este caso no pueden entenderse nunca como inversión

95. MARTÍN MELÉNDEZ, M.ª Teresa: *Compra financiada...*, op. cit., pp. 85 y 86.

común al no existir ese «interés». En este tipo de viviendas las aportaciones de la sociedad de gananciales serían tratadas como gastos del artículo 1362.3 CC.

B) En cuanto a los problemas que se suscitan en la comunidad «**post-ganancial**» el Tribunal Supremo no distingue entre si la vivienda estaba o no destinada a la familia. Se dice que, disuelta la sociedad de gananciales, existe otro tipo de comunidad, similar y análoga a la comunidad hereditaria, cuando la sociedad «post-ganancial» se ha creado a la muerte de uno de los cónyuges (FJ 2, STS de 20 de noviembre de 1991, Ponente: Sr. Villagómez Rodil); señalando en los casos de disolución de la sociedad de gananciales por separación o cambio de régimen económico por parte de los esposos que: «*Durante el período intermedio entre la disolución de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de la misma surge una comunidad post-matrimonial sobre la antigua masa ganancial cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria, y en la que cada comunero ostenta una cuota abstracta sobre el *totum* ganancial, pero no una cuota concreta sobre cada uno de los bienes integrantes del mismo...*» (FJ 7, STS de 17 de febrero de 1992, Ponente: Sr. Morales Morales; FJ 9, STS de 14 de febrero de 2000, Ponente: Sr. Morales, etc. y DGRN de 28 de febrero de 1992).

Aunque la comunidad sea «proindiviso» en teoría la Jurisprudencia ha matizado diferentes cuestiones:

1.º Aunque en teoría se dice que no existe una cuota sobre cada bien, en casos en que el pago del préstamo hipotecario se ha producido, disuelta la sociedad, por uno solo de los comuneros, se califican estas aportaciones como cuotas sobre el bien (v. artículo 393 CC). Se sigue aquí la solución del artículo 1357.2.º CC.

2.º Cuando las aportaciones al préstamo hipotecario son tenidas en la sentencia de separación en concepto de alimentos no existe por parte del partícipe un crédito contra la sociedad⁹⁶.

3.º Planteado el problema sobre si una finca puede legarse o no por el testador al pertenecer a la sociedad de gananciales, el Tribunal Supremo argumenta que el régimen «post-ganancial» es una comunidad romana «proindiviso», y en ella debe entenderse que estaba la finca en el momento de otorgarse testamento (al haberse disuelto la sociedad de gananciales anteriormente por la muerte de un cónyuge), de forma que al ser un legado de cosa «post-ganancial», no puede entenderse que el legado sea de cosa ajena o de cosa ganancial, es un legado en el que no hay regulación legal y en el que, por lo tanto, hay que aplicar la analogía (artículo 1380 CC), a través de la cual es eficaz el legado de cosa ganancial (FJ 3, STS de 11 de mayo de 2000, Ponente: Sr. O'Callahan).

4.º En el caso de que exista **un solo bien inmueble** no tiene lugar la comunidad, existiendo la posibilidad de ejercitar la acción de división de la cosa común del artículo 400 CC⁹⁷.

96. MONTERO AROCA, J.: *Disolución y liquidación...*, op. cit., pp. 253 y 254.

97. MONTERO AROCA, J.: *Disolución y liquidación...*, op. cit., p. 87.

VI. CONCLUSIONES

20.

1. Dogmáticamente están estrechamente relacionados la dimensión *Práctica*, la *naturaleza jurídica* y el *régimen económico* del matrimonio y la familia (v. 4-6). La variación en los *presupuestos Prácticos* afecta sistemáticamente al Derecho de Familia y de Sucesiones.

2. Tradicionalmente el matrimonio, la familia y su régimen económico se han regulado desde una perspectiva de **máximos éticos** (dimensión *Práctica*). De aquí ha derivado la explicación de la naturaleza «institucional» del matrimonio consecuente con el régimen económico de *comunidad de bienes*. Este régimen impone en la liquidación una apreciación de la contribución económica similar a la que puede proceder de otras actividades que se hagan en bien de la familia. El principio que se aplica en la liquidación tiene en cuenta la *preferencia* del «interés familiar».

3. Esta dimensión resulta difícil de mantener en un contexto práctico basado en la libertad ideológica de las personas (artículo 16 CE) y en el que los *roles* del hombre y la mujer en la familia no están determinados.

4. El nuevo punto de vista que se impone es de **mínimos éticos**. Desde esta perspectiva se deriva una explicación de la naturaleza del matrimonio de acuerdo al «contrato» (v. 7).

5. Doctrinalmente se prefiere un fundamento utilitarista. Con él no se excluye ninguna posibilidad y modelo de familia: tampoco el tradicional; si bien se relega a la conciencia de cada uno el optar por formas familiares de máximos éticos. Este tipo de perspectiva es el adecuado en un régimen político democrático.

6. Sobre la explicación del matrimonio a través del «contrato» es posible encontrar un mínimo doctrinal al conjunto de las clases de familia de acuerdo a la figura del **acuerdo de convivencia**.

7. Esta nueva base afecta al régimen económico matrimonial y, sobre todo, al que señala la Ley para el caso de no pactarse ninguno. La sociedad de gananciales deja de interpretarse de acuerdo a una dimensión ética de máximos en el Derecho de familia, pasando, por lo tanto, de entenderse como una comunidad germánica a una **comunidad funcional**: en la que lo relevante va a ser la interdicción del enriquecimiento injusto. Se ha caracterizado la sociedad de gananciales como un **sistema formal de compensación** (v. 10), cuya interpretación pende de los principios que se deduzcan de la naturaleza del matrimonio en cada momento.

8. La explicación de la sociedad de gananciales como una comunidad funcional, hace compatible este régimen con el que se presenta en las situaciones *more uxorio* y la sociedad «post-ganancial». Estas situaciones se han descrito a través de la sociedad «pre y post ganancial» (v. 14).

9. En un Derecho de Familia **contractual** ello supone que su régimen se pliegue a la voluntad reguladora de las propias partes. **Funcionalmente** se da en este entorno un mayor

peso al principio de *proporcionalidad económica* por encima del de *preferencia* (v. 6). Ello es especialmente evidente en el tratamiento de la **vivienda familiar** cuya compra se produce a plazos. El «interés familiar» ha quedado sometido a la voluntad autorreguladora de las partes en el destino de las aportaciones económicas para la compra. A través de ello es posible ordenar la cuota de participación de acuerdo a lo que pueda interesar a los cónyuges (v. 17).

10. El mínimo común interpretativo que se señala explica la extrapolación de esta regla en el mismo caso cuando se produce en el momento en que existe una sociedad «post-ganancial» (v. 18). Por último, se señala cuál ha sido el criterio de la Jurisprudencia al resolver el problema que se examina en este trabajo. De la disparidad aparente de soluciones y de criterios se encuentra un mínimo común en todos sus pronunciamientos que es posible explicar desde el punto mínimo que se propone aquí (v. 19).

VII. BIBLIOGRAFÍA BÁSICA

- ÁLVAREZ CAPEROCHIPÍ, J.A.: *Derecho de Familia*, Tomo I, 1989.
- BARBAGLI, M. y SARACENO, C.: *Lo stato delle famiglie in Italia*, 1998.
- CARPIO GONZÁLEZ, I.: «Sobre la conveniencia de la disolución de la sociedad de gananciales desde la admisión de la demanda de separación o divorcio», *La Ley*, núms. 5948 y 5949, 2004.
- COESTER-WALTJEN, D.: «Gesamthandsgemeinschaften», *Jura*, 1990.
- HOLZHAUER, H.: «Aktuelles Familienrecht vor rechtsgeschichtlichem Hintergrund», *Juristen Zeitung* 22/2000.
- GIESEN, D.: *Familienrecht*, 1997.
- MONTERO AROCA, J.: *Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales*, 2001.
- POTHIER, R.-J.: *Traité du contrat de mariage*, 1777.
- RAMS ALBESA, J.: *La Sociedad de Gananciales*, 1992.
- RIVERA FERNÁNDEZ, M.: *La Comunidad postganancial*, 1997.
- SCHNEIDER, C. E.: «The Channelling Function in Family Law», *Hofstra L. Rev.* 20/1992.

DERECHO A LA INTIMIDAD E IDENTIDAD GENÉTICA

AURELIA MARÍA ROMERO COLOMA

Abogada. Doctora en derecho

Sumario

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

II. EL SECRETO DE LA MATERNIDAD Y LA IDENTIDAD GENÉTICA

III. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

I. INTRODUCCIÓN AL TEMA

El tema que voy a abordar se centra en una difícil y compleja problemática: ¿Tienen las personas derecho a conocer su identidad genética? En otras palabras, ¿existe un derecho a conocer quién es la madre frente al derecho de guardar secreto de ésta?

Son, efectivamente, dos derechos enfrentados. ¿Cuál debe prevalecer? ¿Cómo pueden armonizarse ambos?

Éste es el tema que abordo a continuación a través del análisis de una importante Sentencia, dictada por nuestro Tribunal Supremo, el 21 de septiembre de 1999, y de una Sentencia dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos de 13 de febrero de 2003.

A través del análisis de estas Sentencias, se pondrá de manifiesto la necesidad de salvaguardar, siempre y en todo momento, el interés y el beneficio de los hijos.

II. EL SECRETO DE LA MATERNIDAD Y LA IDENTIDAD GENÉTICA

El derecho a la identidad genética parece, a primera vista, que no puede serle negado a nadie. Es decir, toda persona tiene, en principio, un derecho —que habría que calificar, sin duda, de fundamental— de saber quién es su madre, de quién procede, desde el punto de vista biológico. Si se negara este derecho, se estarían poniendo las bases para negar el conocimiento de las raíces más íntimas de una persona. Pero, cuando la madre quiere, por los motivos que sean, guardar en secreto su maternidad, entonces se plantea el conflicto.

La Sentencia del Tribunal Supremo de 21 de septiembre de 1999 abordó esta compleja cuestión, a propósito de la facultad de la madre biológica de ocultar la circunstancia registral de la maternidad. Los Fundamentos Jurídicos de esta Sentencia van a ser objeto de estudio a continuación: «EL presente recurso expresa, como episodio relevante, la culminación de un conjunto de vicisitudes históricas que desembocan en la todavía no establecida identificación judicial de la menor, cuya filiación reclama su madre (pese a ser aquella plenamente identificable), a causa, sobre todo, de los entorpecimientos que han introducido en el esclarecimiento de los hechos los órganos administrativos correspondientes de la Junta de Andalucía y Consejería de Asuntos Sociales en Jaén, que figuran como parte demandada, contando, en ocasiones, con la activa cooperación de la representación del Ministerio Fiscal, ante los órganos jurisdiccionales de instancia, y con cierta pasividad conformista de estos últimos, que no han efectivizado sus determinaciones iniciales, impidiendo, hasta ahora, que tenga cumplida satisfacción el derecho de la menor a conocer al menos a su progenitora que establece, como principio, la Convención sobre los derechos del niño, de 1.989, ratificada por España en 1990 (artículo 7º)» (FJ 1).

El Fundamento de Derecho Segundo refiere que la actora, doña María V.M. dio a luz un feto de hembra vivo el día 4 de noviembre de 1991, en el Hospital “San Agustín de Linares”. Antes del alumbramiento, con carácter previo, la actora suscribió en documento, en el Centro de la Milagrosa, de Baeza, de la Junta de Andalucía, que se encontraba embarazada, en el octavo mes de gestación y que, teniendo en cuenta sus circunstancias concurrentes, tanto familiares, como sociales, emocionales y económicas, estimaba que no podría hacerse cargo de su futuro hijo y, ante esta circunstancia, hacía renuncia anticipada del mismo, una vez que naciera, a favor de la entidad pública, a los efectos de su guarda inmediata al parto, acogimiento familiar y adopción, en el marco establecido en la Ley 21/1987, de 11 de noviembre, prestando su consentimiento expreso para la efectividad de estos actos, manifestando, asimismo, haber sido informada de sus derechos y de las consecuencias de su renuncia, y anticipando su asentimiento a la adopción, que adquiriría plena validez una vez transcurridos treinta días desde la fecha de nacimiento del menor. En la base de esta renuncia, se consignaba la voluntad de la madre de mantener oculta su identidad, tanto a los efectos registrales civiles, como en el procedimiento de acogimiento y adopción, en sus fases administrativa y judicial, que debería tramitarse respecto del nacido, como si se tratase de un menor desamparado y de padres desconocidos.

Se acordó requerir a la Delegación, en Jaén, de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía a fin de que facilitara al Tribunal el nombre y completa identificación de la niña que alumbró doña María V.M. Hay que resaltar que los padres de la niña no hicieron manifestaciones algunas en el plazo concedido a dicho efecto. La diligencia encaminada a conocer la identidad de la niña dada a luz por la actora resultó «negativa» o, en otras pala-

bras, no fue atendida. La Administración autonómica asumió la tutela automática de la niña nada más nacer ésta, tal como prevé el Código Civil en su artículo 172.

El Fundamento Jurídico Cuarto de esta Sentencia pone claramente de manifiesto que no se puede renunciar, con antelación, a unos derechos-deberes que aún no han nacido, es decir, que se encuentran expectantes. En este sentido, «la falta de colaboración de la Administración autonómica demandada, con el Poder Judicial, resulta patente, con infracción de lo dispuesto en el artículo 118 de la vigente Constitución Española, que considera obligado que se preste la colaboración requerida por los Jueces y Tribunales en el curso del proceso. Pero, además, esta falta de colaboración no es explicable, ni está justificada, pues, ni la alegada renuncia al cumplimiento de sus deberes por la madre es válida, ni son de recibo posibles interpretaciones anticonstitucionales de las disposiciones reglamentarias sobre el Registro Civil. En efecto, en la comparecencia documentada, ya referida, la renuncia anticipada —con un mes y medio de antelación— a unos derechos-deberes expectantes, pugna expresamente con lo dispuesto en el artículo 172.2 del Código Civil, respecto de los consentimientos exigibles para la eficacia de la adopción, que claramente determina que “el consentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto”. Esto es, como remarca el Fiscal dictaminante en el presente recurso, “el último párrafo del artículo 177.2.º, concretamente el cuarto, dispone imperativamente que el asentimiento de la madre no podrá prestarse hasta que hayan transcurrido treinta días desde el parto”. El sentido de este precepto es meridiano. No existe viabilidad alguna de que el asentimiento a la adopción pueda ser prestado con antelación al parto, y ni siquiera en el período de treinta días computados desde el parto, ya que necesariamente debe manifestarse una vez transcurrido ese tiempo, es decir, el día treinta y uno; y nunca con anterioridad al momento del parto. Desde esta interpretación, nuestra conclusión resulta unívoca: el asentimiento que doña María V.M. prestó en 24 de septiembre de 1991 ante la Delegación Provincial de Asuntos Sociales de Jaén resulta radicalmente nulo por su patente contradicción con una norma imperativa, consignada en el último párrafo del artículo 177.2 del Código Civil. Las razones de esta cautela legal se explican por la necesidad de garantizar la concurrencia plena de las facultades esenciales de libertad y conciencia de la madre biológica, para calibrar y ponderar detenida y serenamente la abdicación del ejercicio de su maternidad con la cesión en adopción del niño. Y si en el texto legal se habla del período posparto de treinta días, para que la recuperación de la madre sea plena física y psíquicamente, debe reconocerse que la situación personal, familiar, social y económica de la actora, cuando suscribió anticipadamente el documento de cesión, no era la más idónea para la ponderación de su asentimiento, que si pudo servir inicialmente para el acceso de la niña al acogimiento familiar, resulta insuficiente y contrario a la ley en cuanto a la adopción, dada la configuración y trascendencia legal de la institución. El efecto de la contravención a una norma imperativa no es otro que la nulidad de pleno derecho (artículo 6.3 del Código Civil). La entidad del vicio es de tal naturaleza que se extiende a todo el contenido del documento, concebido en atención a la obtención expedida (y, desde luego, *contra legem*) de la autorización para adoptar, máxime cuando la identidad de razón para estimar inválido el consentimiento anticipado subsiste, conforme al artículo 173 respecto del acogimiento. El propio órgano *a quo* viene a reconocer los escasos márgenes de libertad de la madre al suscribir el acta de la “comparecencia” al establecer que ésta intentaba “ocultar por todos los medios su embarazo”, dadas sus circunstancias personales y estado de viudez que hacían que se hallase afectada socialmente en su intimidad y honorabilidad. Relieve singular adquiere, en este sentido, la declaración prestada ante el Juez de Instrucción (luego no

corroboradas en el pleito) por la testigo doña María Nieves G.D. en las diligencias previas (...), seguidas ante el Juzgado de Instrucción de Baeza, al manifestar “que la señora –se refiere a la actora– no leyó el documento”, que a los treinta días aproximadamente después del parto, la citada señora vino a preguntar ... “y estaba un poco desesperada”... “le hubiera dado igual quedarse con la niña”. Sin duda que en las postrimerías del siglo XX, perduran severas constricciones originadas por la inmisericorde, a veces, censura social, con reviviscencias que recuerdan en sus secuencias historias de orfanatos e “inclusas” del pasado siglo. En definitiva, la actora prestó consentimiento viciado en un documento, cuyo contenido, sustancialmente, era ilegal».

Efectivamente, la declaración de la madre se hizo antes de los treinta días de haber dado a luz, contraviniendo, de este modo, una norma imperativa, por lo que la consecuencia de esa contravención no podía ser otra sino la nulidad radical o de pleno derecho de dicha declaración, según establece el artículo 6.3 de nuestro Código Civil.

Hay que enfocar el tema desde los preceptos del Reglamento del Registro Civil. El artículo 167 de este corpus legal enumera los extremos que debe contener el cuestionario de declaración de nacimiento, haciéndose constar que han de figurar los relativos, entre otros, a la identidad de la madre. El párrafo segundo de este precepto precisa que «el parte o declaración de los profesionales y personal de establecimientos sanitarios que tengan obligación de guardar secreto no se referirá a la madre contra su voluntad». En estos supuestos, precisamente, se advierte que se pondrá lo siguiente: «desconocida». Con ello, se abre el paso, en principio, a que el hijo desconozca la identidad de su progenitora. Este hecho, sin duda, es muy fuerte y, a mi juicio, se vulnera así uno de los derechos más esenciales de toda persona, cual es el de conocer quién es su madre, de quién es hijo.

El artículo 182 del Reglamento del Registro Civil permite a la madre no matrimonial desconocer el hecho de su maternidad si en el parte facultativo se hubieran puesto sus datos de identidad. Estos preceptos del Reglamento del Registro Civil parecen, según la tesis de la Sentencia que estoy analizando, constituir el desarrollo de los artículos 47 y concordantes de la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957, según los cuales en la inscripción de nacimiento constará la filiación materna, siempre que en ella coincidan la declaración y el parte o comprobación reglamentaria.

Por su parte, el artículo 120.4 del Código Civil, en redacción dada por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, previene que la filiación matrimonial quedará determinada legalmente, respecto de la madre, cuando se haga constar la filiación materna en la inscripción de nacimiento practicada dentro del plazo, todo ello de acuerdo con lo dispuesto en la Ley de Registro Civil.

La Circular de 2 de junio de 1981, con respecto a las consecuencias registrales del nuevo régimen de filiación, se refería, si bien de manera sucinta, a la coincidencia que necesariamente había de existir entre el dato de maternidad y el parte o comprobación reglamentaria.

Como puede observarse, la regulación normativa registral anterior a la Constitución posibilitaba la ocultación de la identidad de la madre biológica, por su propia decisión, y fue confirmada por los desarrollos reglamentarios posteriores a 1978, pues la redacción del

artículo 120 del Código Civil se configura en términos genéricos y no incluye un expreso reconocimiento de tan negativa restricción.

Naturalmente, como no podía ser menos, la doctrina ha expresado sus reservas a esta formulación del desconocimiento de la filiación, ya que, tal como muy gráficamente expone la Sentencia, «se entendía, frente al criterio de la Comisión de Reforma, que las graves razones de interés público en la determinación del vínculo de la filiación, cualquiera que fuere su clase, se oponían a esta ocultación; no es posible, por otra parte, en cuanto a la entonces denominada “familia legítima”, en la que tal conducta podría rozar el ámbito punitivo. Sin embargo, en la actualidad, y tras la vigencia de la Constitución de 1978, entendemos que tal limitación, elusiva de la constancia clínica de la identidad de la madre, ha quedado derogada por su manifiesta oposición a lo en ella establecido, y no debe ser aplicada por los Jueces y Tribunales (...), siendo nulos, por ende, los actos producidos bajo su cobertura. En concreto, el sistema diseñado en los artículos 167, 182 y concordantes del Reglamento del Registro Civil, y sus disposiciones de desarrollo pugnan con el principio de libre investigación de la paternidad (artículo 39.2 de la Constitución Española), y con el de igualdad (artículo 14), además de erosionar gravemente el artículo 10 de la Constitución, al afectar a la misma dignidad de madre e hijo, a sus derechos inviolables inherentes a ella, y al libre desarrollo de la personalidad y al mismo artículo 24.1 en cuanto resulta prescriptivo de la indefensión. La coincidencia entre filiación legal y paternidad y maternidad biológica deben ser totales. Ésta es la base desde la que decae la regulación reglamentaria permisiva de tal ocultación...»

La Sentencia se hace, efectivamente, de la contradicción que supone el derecho a la identidad genética con la regulación reglamentaria permisiva de la ocultación de la identidad de la madre biológica. Ya ha quedado expuesto que el derecho a la identidad genética es un derecho inviolable de toda persona. De admitirse que la madre pudiera ocultar su maternidad, se estaría, a todas luces, despojando al hijo del nexo que le permite conocer su verdadera filiación y todo ello, meramente, por un acto voluntario de la madre biológica.

La Instrucción de 15 de febrero de 1999, sorbe constancia registral de la adopción, posibilita la cancelación de la inscripción principal de nacimiento, abriéndose una nueva, con un régimen de publicidad limitada de la inicial, lo cual parece más coherente y armonizado con el respeto a los principios constitucionales que, de otro modo, quedan en entredicho. En este sentido, la Sala estimó, de conformidad con el Ministerio Fiscal, que el artículo 47.1 de la Ley de Registro Civil, de 8 de junio de 1957 (así como sus concordantes) estaban derogados por inconstitucionalidad sobrevenida en el particular que permitía interpretaciones reglamentarias que hicieran depender de la voluntad de la madre la circunstancia registral de la maternidad. De ahí que se considerasen inaplicables, por derogación de la cobertura legal que los sustentaba, los artículos 167 y 187 del Reglamento citado.

Esta Sentencia que he analizado está en íntima relación con otra dictada por el Tribunal Europeo de Derechos Humanos (TEDH, en adelante), el 13 de febrero de 2003, «asunto Odièvre». Los hechos que dieron lugar al pleito concluyeron en una solución distinta a la analizada. La demandante Pascale Odièvre, nacida en 1965, y cuya madre biológica había solicitado el secreto de su identidad en el momento del parto, la abandonó ante los servicios

de asistencia pública. Por medio de una carta, declaró lo siguiente: «Certifico haber sido informada de que, pasado el plazo de un mes, mi hija será definitivamente abandonada y de que la Administración se reserva la facultad de darla en adopción».

La niña fue, efectivamente, acogida en una familia y adoptada en 1969 por los señores Odièvre. Pasado el tiempo, la niña adoptada sintió la necesidad —como no podía ser menos— de conocer su identidad biológica. Para este fin, llevó a cabo algunas pesquisas y en enero de 1998 solicitó ante el Tribunal de Gran Instancia de París que se levantara el secreto de su nacimiento y se le autorizara el acceso a toda la documentación relativa a su identidad. Asimismo, señalaba que sus progenitores habían tenido, después de 1965, otros hijos, que le había sido negada toda clase de información acerca de sus hermanos y que la existencia de éstos justificaba su reclamación, porque quería conocerles. Fue en febrero de 1998 cuando el Tribunal Civil la envió al Tribunal Administrativo a fin de que la Administración levantara el secreto de la maternidad que, en principio, parecía contrario a la Ley de 8 de enero de 1993, pero se le volvieron a negar los datos solicitados, con la fundamentación de que la Ley protegía el secreto del nacimiento.

Ante esta negativa, Pascale Odièvre recurrió al TEDH, demandando al Estado francés por violación de los artículos 8 y 14 de la Convención.

La Sentencia del TEDH declaró que el levantamiento del secreto del nacimiento —en otras palabras, el hecho de desvelar la identidad de la madre biológica— podría conllevar riesgos importantes, no sólo para la madre, sino también para la familia adoptiva y para el padre y los hijos biológicos, al tener todos ellos el mismo derecho de respeto a su vida privada y familiar.

La Sentencia puso de manifiesto, asimismo, que los Estados deberían poder elegir los medios que estimen mejores para la conciliación de los intereses en juego en cada caso, concluyendo, igualmente, que Francia no ha sobrepasado el margen de discrecionalidad que debe serle reconocido en razón del carácter, complejo y delicado, de la opción de los padres biológicos, del lazo familiar y de los padres adoptivos. Concluye la mencionada Sentencia afirmando que no ha existido violación del artículo 8 de la Convención, ni del artículo 14 en relación con el 8.

Ante esta Sentencia, como jurista, no me cabe más que expresar mi desconcierto y profundo estupor. La Sentencia se refiere al derecho de respeto a la vida privada de la madre biológica, del padre y de los hijos de éstos, pero en ningún momento hace referencia, por somera que ésta pudiera ser, al respeto al derecho a la identidad genética del hijo, precisamente, a mi juicio, la persona más afectada en esta compleja y delicada situación. ¿Qué se ha hecho del derecho a la identidad genética? Si ni siquiera se le nombra, ¿es que se estima que carece de interés o de importancia? ¿O es que, en definitiva, ni existe siquiera? ¿Es que el hijo ha de conformarse con dejar transcurrir su existencia sin conocer quién es su madre biológica, y todo ello en aras de unos supuestos derechos a la vida privada y familiar de sus progenitores e incluso de sus hermanos? ¿Hasta qué punto, con esta Sentencia, se está transgrediendo el derecho a la identidad genética o, más fuerte aun, hasta qué extremos se le está ignorando y pisoteando?

No puedo por menos que mostrar mi rechazo y repulsa hacia el texto de esta Sentencia dictada por el TEDH. Como Letrada de Familia, abogo por el máximo respeto hacia los derechos de los hijos y, entre estos derechos, qué duda cabe, se encuentra el derecho a la identidad genética, al ser éste uno de los más esenciales del ser humano, pues entronca, directa e inmediatamente, con las raíces primigenias de la persona. Si este derecho queda anulado, mal podrá hablarse de otros, porque éste es el que constituye el núcleo esencial del que surgimos los seres humanos.

La Ley francesa, tal como se ha podido apreciar a través de esta Sentencia, ha aceptado, como obstáculo infranqueable en la búsqueda de información de la hija, la decisión de la madre, cualesquiera que fueren sus razones y legitimidad, por lo que, de una forma brutal, irreversible, el rechazo de la madre se impone a la hija y ésta se ve indefensa, sin medios de ningún tipo –legales no los tiene tampoco– para oponerse. La madre toma esta decisión libre y voluntariamente, de una forma puramente discrecional, a su arbitrio y, de este modo, condena a la hija al desconocimiento, durante toda su vida, de sus orígenes. ¿Tiene algún derecho la hija a este respecto? Estimo que la respuesta es que se la ha despojado del derecho más esencial que existe: el de conocer quién es su madre biológica y, a mayor abundamiento, sin medios defensivos para oponerse a tamaño desafuero. A mi juicio, el olvido de los derechos de la hija es un hecho consumado y que, como juristas, debería avergonzarnos. Y no todo queda ahí: aún hay más, porque la madre puede, asimismo, paralizar los derechos de terceros y, en particular, los del padre biológico y los de los hermanos de la demandante, Pascale Odièvre.

Para Enrique RUBIO TORRANO, resulta excesiva la consideración del protagonismo de la madre que, a la postre, deviene decisivo. Y, este autor, desde una posición que pretende ser ecuánime, ponderando los intereses en juego, afirma que el derecho de todo ser humano a conocer su origen es fundamental en la conformación de la propia identidad, resultando deficientemente reconocido en esta Sentencia.

A mi juicio, no es que resulta reconocido deficientemente: es que no resulta en absoluto reconocido, despojándose a la hija de toda posibilidad de acceder al conocimiento de sus orígenes y ello con todas las consecuencias, sin duda, traumáticas, que puede conllevar para la existencia de esta hija a la que su progenitora le negó, de manera discrecional, tan esencial derecho.

Como expresa Antonio OCAÑA RODRÍGUEZ, la verdad biológica es el principio predominante en el Código Civil, *ex* artículo 127, en relación con el artículo 39 de la Constitución, siendo, incluso, el más adecuado por razones de salud personal, en cuanto que los avances de la genética permiten la curación de enfermedades mediante la aportación de células de los progenitores o allegados. El primer derecho del niño, tal como mantienen los Convenios Internacionales, es el de conocer a su madre, cuando menos, y quedar identificado, siendo precisamente la maternidad lo que más afecta a la identificación de la persona y el derecho a la identidad es, sin duda, uno de los más importantes derechos de la personalidad –cabe decir que no es sólo un derecho, es un bien–, se ha de procurar al máximo la búsqueda de la verdad material por lo que respecta a la maternidad.

Abogemos para que en nuestro país no se dé pie a estos desafortunados hechos y se reconozca, siempre, el derecho de los hijos a conocer su identidad genética. Sólo así podremos salvaguardar el libre desarrollo de su personalidad.

III. NOTAS BIBLIOGRÁFICAS

- RUBIO TORRANO, E.: «El secreto de la maternidad», en revista *Aranzadi Civil*, Pamplona, septiembre, 2003.
- OCAÑA RODRÍGUEZ, A.: «Mater semper certa est», en *Diez años de abogados de familia*, La Ley, Madrid, 2003.

Revista de Derecho de familia

JURISPRUDENCIA

Estimación del recurso de amparo interpuesto por la madre de unos menores declarados en desamparo contra el auto que autorizó la entrada en el domicilio para recoger a los menores al haberse autorizado la misma sin haber establecido límites temporales y no haber expuesto las razones por las que considera necesario entrar en el domicilio para ejecutar el acto administrativo. No obstante la estimación del recurso no lleva consigo la devolución de los menores declarados en desamparo a su madre.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 1.ª, SENTENCIA 139/2004, DE 13 DE SEPTIEMBRE

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ El 28 de diciembre de 2000 el Instituto Madrileño del Menor y la Familia presentó escrito ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo solicitando la autorización para la entrada en el domicilio de los padres de la ahora recurrente, que era donde residía con sus hijos menores de edad, con el fin de hacer efectivo el Acuerdo de 19 de octubre de 2000 que declaraba en situación de desamparo a los menores D., P., L. y B. (todos ellos hijos de la recurrente) y ejercer así su tutela e ingresarlos en un centro de protección.
- ⊙ Con el fin de notificar esta resolución y proceder a la recogida, traslado e ingreso de los menores en un centro de protección, el 30 de octubre de 2000 la Comisión de Tutela del Menor se había personado en el domicilio de los abuelos maternos de los menores para hacerse cargo de ellos. La abuela de los niños negó el acceso al domicilio y no consintió que la referida Comisión se hiciera cargo de los menores.
- ⊙ Por Auto de 2 de enero de 2001, el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Madrid autorizó la entrada en el domicilio solicitado. En este Auto se señalaban los profesionales que debían llevar a cabo la ejecución del acto, que en la entrada deberían evitarse actuaciones ajenas a su objeto y que debían adoptarse las precauciones necesarias para no comprometer la reputación de los moradores y, en todo caso, respetar sus secretos e intimidad. También se acordó que, una vez realizada la entrada, el órgano administrativo autorizado debía dar cuenta a ese Juzgado de haberla realizado y de cuantas incidencias se hubieran producido.
- ⊙ El 30 de enero de 2001 la ahora recurrente en amparo interpuso recurso de apelación contra el Auto por el que se acordó la autorización de entrada en domicilio. En este recurso adujo que la actuación de la Administración no era conforme a Derecho al proceder a la ejecución forzosa del acto sin haber requerido previamente su cumplimiento, que la notificación de aquél era defectuosa y que la autorización judicial de entrada en domicilio infringía el derecho que consagra el artículo 18.2 CE.

- Por Sentencia de 22 de mayo de 2001 la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid desestimó el recurso de apelación interpuesto y confirmó el Auto impugnado.
- Contra esta resolución se interpone el recurso de amparo que es estimado por el Tribunal Constitucional quien reconoció el derecho de la recurrente a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE) y declaró la nulidad del Auto de 2 de enero de 2001 del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Madrid por el que se autorizó la entrada en el domicilio de la recurrente en amparo y de la Sentencia de 22 de mayo de 2001 de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Madrid que lo confirmó.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión que se plantea en este recurso de amparo consiste en determinar si el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Madrid, por el que se autoriza la entrada en el domicilio de los padres de la demandante de amparo, don Gregorio y doña Celedonia, que es donde la recurrente reside junto con sus hijos menores de edad, a efectos de proceder a la ejecución forzosa del Acuerdo de Tutela de los menores D., P., L. y B., de 19 de octubre de 2000, adoptado por la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, por el que se declara a los referidos menores en situación de desamparo y se asume su tutela con el fin de ingresarlos en un centro de protección dependiente de la Comunidad de Madrid, y la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de dicha capital de 22 de mayo 2001, que confirma la referida resolución judicial, han vulnerado el derecho fundamental de la recurrente en amparo a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE).

Se sostiene en la demanda de amparo que el Auto del Juzgado de lo Contencioso-Administrativo núm. 6 de Madrid no cumple las exigencias establecidas en la jurisprudencia constitucional al carecer de cualquier referencia al período de duración y tiempo en que puede producirse la entrada. En la misma línea se manifestaron don Gregorio Mora y doña Celedonia Rincón, padres de la demandante, que se personaron en los autos, con arreglo a lo dispuesto en el artículo 51.2 LOTC, y que, aun calificando de recurso de amparo sus escritos, formularon alegaciones con la eficacia procesal que deriva del artículo 52.1 LOTC.

El Ministerio Fiscal interesa la estimación del recurso, aduciendo, además, que la referida resolución judicial no contiene la menor ponderación de los intereses en conflicto, resultando por tanto inmotivada y lesiva del derecho fundamental invocado.

Por el contrario, la Letrada de la Comunidad de Madrid, que ha comparecido en este proceso constitucional en representación de la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid, sostiene que el Auto impugnado respeta el derecho a la inviolabilidad del domicilio que consagra el artículo 18.2 CE, pues dicha resolución habilita un solo acceso domiciliario y además establece que la entrada debe hacerse de tal modo que no se comprometa la reputación de los titulares de la vivienda ni se vulnere su derecho a la intimidad indicándose también los funcionarios que, asistidos por las fuerzas del orden, podrán acceder a la vivienda.

En relación con los actos de la Administración cuya ejecución precisa de la entrada en un domicilio, que es el supuesto que ahora interesa, este Tribunal ha señalado que al Juez que otorga la autorización de entrada no le corresponde enjuiciar la legalidad del acto administrativo que pretende ejecutarse. Conviene advertir que esta doctrina, aunque se ha establecido en relación con el Juez de Instrucción, que era quien antes de la reforma efectuada por la Ley 29/1998, de 13 de julio, reguladora de la jurisdicción contencioso-administrativa (en adelante LJCA), otorgaba este tipo de autorizaciones, resulta igualmente aplicable a los Jueces de lo contencioso-administrativo, que son los ahora competentes para emitir aquéllas en los casos en los que ello sea necesario para la ejecución de los actos de la Administración pública (artículo 8.5 LJCA), pues, en este concreto procedimiento, las atribuciones de estos Jueces se limitan únicamente a garantizar que las entradas domiciliarias se efectúen tras realizar una ponderación previa de los derechos e intereses en conflicto. Como ha señalado este Tribunal (SSTC 160/1991, de 18 de julio, FJ 8; 136/2000, de 29 de mayo, FJ 3), en estos supuestos la intervención judicial no tiene como finalidad reparar una

supuesta lesión de un derecho o interés legítimo, como ocurre en otros, sino que constituye una garantía y, como tal, está destinada a prevenir la vulneración del derecho. De ahí que, para que pueda cumplir esta finalidad preventiva que le corresponde, sea preciso que la resolución judicial que autorice la entrada en el domicilio se encuentre debidamente motivada, pues sólo de este modo es posible comprobar, por una parte, si el órgano judicial ha llevado a cabo una adecuada ponderación de los derechos o intereses en conflicto y, por otra, que, en su caso, autoriza la entrada del modo menos restrictivo posible del derecho a la inviolabilidad del domicilio.

Por este motivo, el otorgamiento de esta clase de autorizaciones no puede efectuarse sin llevar a cabo ningún tipo de control, pues si así se hiciera no cumplirían la función de garantizar el derecho a la inviolabilidad del domicilio que constitucionalmente les corresponde. Por esta razón este Tribunal ha sostenido que, en estos supuestos, el Juez debe comprobar, por una parte, que el interesado es el titular del domicilio en el que se autoriza la entrada, que el acto cuya ejecución se pretende tiene una apariencia de legalidad, que la entrada en el domicilio es necesaria para aquélla y que, en su caso, la misma se lleve a cabo de tal modo que no se produzcan más limitaciones al derecho que consagra el artículo 18.2 CE que las estrictamente necesarias para la ejecución del acto (STSC 76/1992, de 14 de mayo, FJ 3.a); 50/1995, de 23 de febrero, FJ 5; 171/1997, de 14 de octubre, FJ 3; 69/1999, de 26 de abril; 136/2000, de 29 de mayo, FFJJ 3 y 4). Junto a estas exigencias, este Tribunal ha señalado también que han de precisarse los aspectos temporales de la entrada, pues no puede quedar a la discrecionalidad unilateral de la Administración el tiempo de su duración (STC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7). Tales cautelas tienen como finalidad asegurar que no se restringe de modo innecesario el derecho a la inviolabilidad del domicilio, evitando un sacrificio desproporcionado de este derecho (STSC 50/1995, de 23 de febrero, FJ 7; 69/1999, de 26 de abril, FJ 4). Por ello las exigencias en cada supuesto dependerán de las circunstancias que concurren, pues, como se señala en la STC 69/1999, de 29 de abril, FJ 4, los requisitos de detalle formulados a propósito de casos concretos pueden no resultar precisos en otros supuestos en los que las circunstancias sean diferentes.

En definitiva, ha de concluirse que, desde la perspectiva constitucional, la resolución judicial por la que se autoriza la entrada en un domicilio se encontrará debidamente motivada y, consecuentemente, cumplirá la función de garantía de la inviolabilidad del domicilio que le corresponde, si

a través de ella puede comprobarse que se ha autorizado la entrada tras efectuar una ponderación de los distintos derechos e intereses que pueden verse afectados y adoptando las cautelas precisas para que la limitación del derecho fundamental que la misma implica se efectúe del modo menos restrictivo posible.

En el presente caso, como ya se ha indicado, tanto el Fiscal como la recurrente en amparo (madre de los menores y residente en el domicilio en el que se autorizó la entrada) consideran que el Auto impugnado, al haber autorizado la entrada sin haber establecido límites temporales, vulnera el derecho que consagra el artículo 18.2 CE. El Fiscal sostiene, además, que esta resolución judicial vulnera el derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio, al no haber expuesto las razones por las que considera necesario entrar en el domicilio para ejecutar el acto administrativo. El orden lógico de examen de las cuestiones planteadas exige comenzar nuestra reflexión por esta última alegación.

Como se ha indicado en los antecedentes de esta Sentencia, nos encontramos ante un caso en el que la Administración intenta ejecutar forzosamente el contenido de una resolución que ha dictado previamente y que el afectado por la misma se ha negado a cumplir voluntariamente. En efecto, de la documentación presentada ante el Juzgado de lo Contencioso-Administrativo se deriva: a) Que la Comisión de Tutela del Menor de la Comunidad de Madrid acordó el 19 de octubre de 2000 «apreciar la situación de desamparo de los menores D., P., L. y B. S. M. por el inadecuado ejercicio de los deberes de protección por parte de sus padres», asumiendo su tutela, para lo que aquéllos habían de permanecer bajo la guarda del director del centro de protección; b) Que, habiendo resultado infructuosas las gestiones practicadas para obtener el ingreso voluntario de los menores en el centro de protección, se intentó la recogida de los mismos por los funcionarios correspondientes, pero su abuela, sin permitir que pasaran a la vivienda, al conocer el motivo de la visita «montó en cólera» y advertida de que aquéllos debían ingresar en el centro de protección, «se enfureció» y «echó del lugar» a dichos funcionarios «mediante insultos y gritos».

A la solicitud de autorización, acompañada de la documentación mencionada, recayó Auto con la siguiente motivación: «Examinada la presente solicitud (...) se aprecia que la Administración solicitante ha tramitado regularmente el procedimiento, que entra dentro de sus competencias y, así mismo, que la entrada en el domicilio del administrado es la medida adecuada y proporcionada para lograr la plena efectividad del acto

administrativo, por lo que procede conceder la autorización interesada».

La mera lectura del párrafo transcrito pone de manifiesto que el órgano judicial no ha exteriorizado, como resulta constitucionalmente exigible, la ponderación de los distintos derechos o intereses que pueden verse afectados: su contenido, de carácter genérico, podría utilizarse para casos muy diferentes, pues no recoge ninguno de los datos concretos que individualizan la situación que reclama la entrada domiciliaria. No se hace ninguna referencia a las exigencias propias de la inviolabilidad del domicilio, por un lado, y a las notas definidoras del interés de los menores, por otro, sin que, como con acierto advierte el Ministerio Fiscal, se haya razonado ni siquiera mínimamente respecto de la inexistencia de otros medios que siendo bastantes para la efectividad de la medida fueran menos gravosos para el derecho fundamental reconocido en el artículo 18.2 CE.

De este modo, al no expresarse en el Auto impugnado el juicio de proporcionalidad entre la limitación que se impone al derecho fundamental restringido y la finalidad perseguida, ni argumentarse sobre la idoneidad de la medida, su necesidad y el debido equilibrio entre el sacrificio del derecho fundamental limitado y la ventaja que se obtiene con ello (STC 136/2000, de 29 de mayo, FJ 4; en el mismo sentido, entre otras muchas, STC 69/1999, de 26 de abril, FJ 4), la autorización otorgada no puede considerarse que cumpla la función de garantía que constitucionalmente le corresponde, lo que implica que debamos apreciar la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio (artículo 18.2 CE) invocada en la demanda de amparo, con el pronunciamiento previsto en el artículo 53.a) LOTC.

Queda finalmente por examinar el alcance que en este caso concreto haya de tener el otorgamiento del amparo. La estimación del presente recurso no ha de tener otro efecto que el de declarar la vulneración del derecho fundamental a la inviolabilidad del domicilio de la recurrente en amparo, con la anulación del Auto y la Sentencia impugnados, sin que, como pretende la demandante, el otorgamiento del amparo pueda dar lugar a la devolución de los menores al domicilio del que fueron trasladados, ya que tal actuación es ajena al ámbito de protección que garantiza el artículo

18.2 CE. Debe tenerse en cuenta que el Acuerdo de la Comisión de Tutela del Menor de 19 de octubre de 2000 por el que se declara en situación de desamparo a los menores D., P., L. y B, se asume su tutela por la Comunidad de Madrid y se acuerda su ingreso en un centro de protección no es objeto de la impugnación propia de este amparo, sin que los defectos en los que se haya podido incurrir en su ejecución repercutan sobre la situación jurídica declarada por el referido acto administrativo que, dadas las circunstancias del presente caso, no se ve afectada por la lesión del derecho a la inviolabilidad del domicilio que como consecuencia de su ejecución se ha causado a la recurrente en amparo. En último término, es de destacar la flexibilidad que ya apunta la propia dicción literal del artículo 55.1 LOTC que, en primer término, señala que la Sentencia estimatoria «contendrá *alguno o algunos* de los pronunciamientos siguientes», y que además alude a la «*determinación*, en su caso, de la *extensión* de sus efectos» y a «la *adopción de las medidas apropiadas*» en atención a las circunstancias del caso. Y es que «el artículo 55.1 LOTC permite graduar la respuesta constitucional a la vulneración de los derechos fundamentales en función no sólo de las propias exigencias del derecho afectado, sino también de la necesaria preservación de otros derechos o valores merecedores de protección» (STC 136/1989, de 19 de julio, FJ 4). Sobre esta base, ha de tenerse en cuenta que el informe de la trabajadora social pone de relieve la existencia de malos tratos a los menores en el domicilio familiar, sobre todo al mayor, D., de 8 años, que presenta una minusvalía psíquica del 48% y del que constan partes médicos de lesiones. Así las cosas, en esta jurisdicción constitucional, a la que no le es dado el control de la legalidad del acto que declaraba la situación de desamparo de los menores, con asunción administrativa de su tutela e internamiento en el centro de protección, nuestro pronunciamiento, como interesa el Ministerio Fiscal, ha de ser puramente declarativo, con anulación de las resoluciones impugnadas, sin extenderlo al reintegro de aquéllos al domicilio familiar: nuestra respuesta ha de tener en cuenta no sólo las exigencias del derecho a la inviolabilidad del domicilio, sino también el interés de los menores.

No existe discriminación ni vulneración del derecho a la igualdad porque la viuda supérstite tenga que compartir la pensión de viudedad con otra beneficiaria en relación con la viuda supérstite de un causante que no ha contraído anteriores nupcias, pues, sólo y exclusivamente en este último caso, la viuda percibe la totalidad de la pensión de viudedad, siendo indiferente en el primer caso, que el anterior matrimonio del causante se hubiese declarado nulo.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 1.ª, SENTENCIA 186/2004, DE 2 DE NOVIEMBRE

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ D.ª Lucía y D. Manuel contrajeron matrimonio el 8 de mayo de 1963, dictándose sentencia de separación de mutuo acuerdo el día 7 de enero de 1970. En el mes de mayo de 1974 se inició por D.ª Lucía procedimiento de anulación matrimonial que finalizó por Sentencia del Tribunal Eclesiástico de San Sebastián de 15 de septiembre de 1977 que declaró la nulidad, decisión confirmada por el Tribunal Eclesiástico Metropolitano de Pamplona mediante Decreto de 12 de abril de 1978.
- ⊙ El 9 de abril de 1979 D. Manuel contrajo matrimonio con D.ª María, falleciendo el esposo el día 30 de octubre de 1999.
- ⊙ Con fecha de 16 de noviembre de 1999 D.ª María solicitó pensión de viudedad que le fue reconocida por Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 22 de noviembre de 1999 con efectos económicos desde el 1 de noviembre de 1999 y cuantía de 106.459 pesetas (100% de la pensión).
- ⊙ Con fecha de 23 de noviembre de 1999 D.ª Lucía presentó también solicitud de pensión de viudedad, que le fue reconocida por Resolución del Instituto Nacional de la Seguridad Social de 10 de diciembre de 1999 con efectos económicos de 1 de noviembre de 1999 por importe de 19.460 pesetas, en proporción al tiempo de convivencia con el causante de la pensión (18,28% de la pensión, a razón de 2.436 días de convivencia matrimonial desde 1963 a 1970).
- ⊙ Como consecuencia de lo anterior, el Instituto Nacional de la Seguridad Social por medio de Resolución de 14 de diciembre de 1999 revisó la cuantía de la pensión de viudedad de D.ª María fijándola en 86.998 pesetas (es decir, el 81,72% de la pensión), reclamándole el reintegro de lo indebidamente percibido (42.168 pesetas).
- ⊙ Con fecha de 17 de enero de 2000 D.ª María presentó escrito de reclamación previa ante el Instituto Nacional de la Seguridad Social mostrando su disconformidad con la anterior decisión, que fue desestimado por Resolución de 24 de enero de 2000 en aplicación del artículo 174.2 del texto refundido de la Ley General de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio de 1994 (LGSS), que establece para los casos de nulidad matrimonial que el reparto de la pensión de viudedad causada por el cónyuge fallecido se realizará proporcionalmente entre los cónyuges supervivientes en función del tiempo de convivencia.
- ⊙ Con fecha de 29 de febrero de 2000 D.ª María presentó demanda sobre pensión de viudedad contra el Instituto Nacional de la Seguridad Social, Tesorería General de la Seguridad Social y D.ª Lucía, sosteniendo su derecho a percibir íntegramente la pensión de viudedad y la improcedencia del reintegro reclamado, alegando la vulneración de los artículos 14, 39, 40 y 41 CE.

- ⊙ La demanda fue desestimada por Sentencia del Juzgado de lo Social núm. 3 de San Sebastián de 7 de julio de 2000, aplicando por analogía lo dispuesto en el artículo 174.2 LGSS para los supuestos de divorcio. En el fallo de la resolución se ofrecía a las partes la posibilidad de impugnarla a través del recurso de suplicación.
- ⊙ Con fecha de 21 de septiembre de 2001, la parte actora interpone recurso de suplicación contra la anterior Sentencia que fue también impugnado de contrario. Ante la posibilidad de que la cuestión debatida no fuese susceptible de recurso de suplicación, la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco, por providencia de 16 de enero de 2001, concede a las partes un plazo de cinco días para que alegasen lo que a su derecho conviniera con relación a esa cuestión. Evacuado el anterior trámite, finalmente se inadmite el recurso por Sentencia de la Sala de lo Social del Tribunal Superior de Justicia del País Vasco de 27 de febrero de 2001.
- ⊙ D.^a María interpuso recurso de amparo que es desestimado por el Tribunal Constitucional.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

A) Base jurídica del recurso de amparo.

La parte recurrente alega que las resoluciones judiciales impugnadas, que desestimaron su pretensión de que se le reconociese el derecho a percibir la totalidad de la pensión de viudedad causada por el fallecimiento de su marido sin tener que compartir su importe con la primera esposa de éste, cuyo vínculo matrimonial fue declarado nulo, vulneran el artículo 14 CE. En este sentido, sostiene que la ley depara un trato desigual injustificado a los beneficiarios de la pensión de viudedad (cónyuges supervivientes) al hacer depender su cuantía de que el causante (cónyuge fallecido) hubiese estado o no unido por anterior vínculo matrimonial disuelto por divorcio o anulación. Con ello la ley crea una situación de desequilibrio económico puesto que siendo la viuda la que sufre una pérdida importante de la fuente de ingresos como consecuencia de la muerte de su cónyuge, se aminora la cuantía de su pensión de viudedad para mejorar, a sus expensas, la situación del cónyuge del matrimonio disuelto que no sufre perjuicio económico alguno. Entiende que tal postura constituye, además, una reminiscencia del pasado más reciente, al seguir estimándose el matrimonio como una unión indisoluble entre hombre y mujer, y al no admitir que el divorcio o la nulidad del matrimonio rompen el vínculo que unía al cónyuge anulado o divorciado con el causante de la pensión, incluso en este efecto de causar derecho a la pensión de viudedad.

De este modo, la recurrente sostiene la inconstitucionalidad del artículo 174.2 LGSS alegando que produce una discriminación contraria a los artículos 14 y 32 CE en tanto que permite que una

misma cotización a la Seguridad Social —realizada con los rendimientos del trabajo que son bienes gananciales del matrimonio— produzca beneficios distintos en materia de pensión de viudedad dependiendo de la circunstancia de que el beneficiario de la pensión (viudo o viuda) se hubiese casado con una persona soltera o, por el contrario, con una que hubiese estado anteriormente casada. Conforme declaró la STC 184/1990, de 15 de noviembre, la pensión de viudedad tiene como finalidad compensar la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge superviviente y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia —la muerte de uno de los cónyuges— otorgando a tal efecto una pensión, siendo irrelevante que el fallecimiento cree o no un estado de necesidad. En consecuencia, no se puede sostener que las necesidades de «una viuda de un soltero» sean mayores que las de la «viuda de un anulado o divorciado», pues la pérdida de ingresos a la que se refiere la Sentencia anterior será equivalente a los ingresos que venía aportando el fallecido al matrimonio en cualquiera de los dos casos. Mantener lo contrario sería tanto como diseñar dos tipos de matrimonios, uno de primera categoría y otro de segunda, puesto que, aun cotizando lo mismo, en el primer caso el vínculo matrimonial puede generar más derechos que en el segundo.

También añade que junto a ese injustificado reparto de la pensión, hay que tener en cuenta que las pensiones de viudedad son prestaciones mínimas que apenas cubren las necesidades de subsistencia cuando se perciben en su porcentaje total (45% de la base reguladora), por lo que difi-

cilmente puede atender a su finalidad protectora cuando, como es su caso, la cuantía se ve reducida. Entiende, pues, que el artículo 174.2 LGSS ha de interpretarse conforme a los artículos 14 y 32 CE sobre la base de que «a la ex cónyuge o no cónyuge, como en el presente caso, no le causa ningún quebranto la muerte de su ex marido, no así a la viuda, que lo sufre plenamente».

En último término, solicita la elevación al Pleno de la cuestión de inconstitucionalidad del artículo 174.2 LGSS.

Por otra parte, la recurrente alega que el actual reparto de pensiones regulado en la legislación española viola lo dispuesto en el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo núm. 102 en tanto que para esta norma el término viuda designa únicamente al cónyuge que estaba a cargo de su marido en el momento del fallecimiento y únicamente habilita a los Estados a reducir la pensión de viudedad en la medida en que los demás recursos de la familia del beneficiario excedan de sumas apreciables prescritas o fijadas por las autoridades competentes y no en los casos de separación, divorcio o nulidad matrimonial tal y como se permite en nuestra legislación. Por lo tanto, la falta de cumplimiento de esta norma representa, a su juicio, una infracción del principio de jerarquía normativa y seguridad jurídica. Además, la Sentencia del Juzgado habría incurrido en incongruencia por no haber hecho mención alguna respecto a la infracción de la citada norma internacional que se acompañó como prueba en el acto del juicio.

B) Alegaciones del Ministerio Fiscal.

Comienza diciendo que el argumento que sustenta la pretensión de la inconstitucionalidad del artículo 174.2 LGSS se estructura sobre la base del contenido de determinados pronunciamientos de este Tribunal que analizan la naturaleza de la pensión de viudedad, apuntando a su carácter de medio compensatorio frente a un daño y no tanto a su finalidad tuitiva frente a una situación de necesidad. Adentrándose en ese previo estudio de la naturaleza de la pensión en cuestión, el Fiscal se refiere a las SSTC 103/1983, 184/1990, y 241/2000, que mantienen el carácter indemnizatorio de la pensión de viudedad al tener como fin compensar frente a un daño, cual es la falta o minoración de unos ingresos de los que participaba el cónyuge supérstite y, en general, afrontar las repercusiones económicas causadas por la actualización de una contingencia (la muerte de uno de los cónyuges), otorgando a tal efecto una pensión que depende y es proporcional en su cuantía a la base reguladora correspondiente al causante. Considera el Fiscal que tal configuración de la pensión de viudedad

podría, en su caso, constituir el punto de partida sobre el que fundar una hipótesis que defendiera la incompatibilidad del artículo 174.2 LGSS con algún otro precepto constitucional y dar lugar a que por el Tribunal Constitucional se hiciera uso de la facultad que contempla el artículo 55.2 LOTC; sin embargo, entiende que tal posible colisión quedaría extramuros de la sección primera del capítulo II del título I de la Constitución, pues resulta harto difícil sostener que ésta se produzca con respecto al artículo 14 CE, al no poderse apreciar la existencia de una desigualdad ante la Ley.

En este sentido, prosigue diciendo que el término de comparación que se ofrece es el referido al sujeto causante de la prestación de la Seguridad Social, al denunciarse que ante una misma situación de hecho (el matrimonio) se producen resultados diversos cuando éste se celebra con un cotizante soltero antes del matrimonio, y cuando se celebra con persona divorciada o que haya obtenido la nulidad de un matrimonio anterior. Tal planteamiento presenta una fractura de inicio pues la comparación se limita a confrontar situaciones en las que se contempla asépticamente la realidad del vínculo matrimonial sin más, omitiéndose un hecho relevante, cual es el de las circunstancias personales de uno de los cónyuges o, lo que es igual, su estado civil al tiempo de contraer matrimonio. Con ello, se prescinde interesadamente del conjunto de relaciones de carácter personal y patrimonial que pueden no obstante pervivir aún después de ser anulado o disuelto el matrimonio y que en decisión libérrima del legislador, identificando intereses dignos de protección, son susceptibles de justificar la permanencia en el tiempo de determinados efectos jurídicos.

En suma, el Fiscal entiende que los supuestos contemplados no son iguales en cuanto el elemento diferenciador introducido por el legislador no carece en absoluto de relevancia y de fundamento racional, pues con independencia de que no resulte posible la apreciación de vínculo contractual de carácter asegurador que convierta la prestación de la Seguridad Social en la contrapartida por una previa cotización, no resulta menos cierto que el legislador al optar por dicha concreta cobertura ha considerado como interés susceptible de protección el derivado de la convivencia marital durante un período de tiempo, a lo largo del cual no resulta difícil sostener que, en cumplimiento de lo dispuesto en los artículos 67 y 68 del Código Civil, el cónyuge beneficiario de la prestación habrá cumplido con su respectiva obligación de ayuda y socorro mutuo, sacrificando intereses propios que la pensión de viudedad podría estar llamada a reparar. Consecuentemente, la opción del legislador —con independencia de que se comparta o no su criterio—

resulta razonable y proporcionada, configurando la prestación de Seguridad Social mediante el empleo del criterio *prorrata temporis* y fijando un particular modo de distribución de la acción protectora de la Seguridad Social, que se justifica por la existencia de un régimen legal en el que tanto las aportaciones de sus afiliados como las prestaciones a dispensar, sus niveles y condiciones, vienen determinados por reglas que se integran en el ordenamiento jurídico, estando sujetas a las modificaciones que el legislador introduzca en el momento que juzgue conveniente. En definitiva, lo que la recurrente viene a exigir es una diferencia de trato, siendo ésta ajena al derecho a la igualdad, que no ampara la denominada discriminación por indiferenciación. Por todo lo cual, se interesa la denegación del amparo solicitado al entender que no se ha producido la vulneración del derecho a la igualdad (artículo 14 CE) que la recurrente en amparo alega.

C) Alegaciones del Instituto Nacional de la Seguridad Social.

Con fecha de registro de 2 de diciembre de 2002 cumplimenta el trámite conferido la representación procesal del Instituto Nacional de la Seguridad Social, aduciendo, en primer lugar, que la demanda debe ser desestimada conforme al artículo 50.1.c) LOTC por falta de contenido «casacional» (*sic*) al plantear una cuestión de legalidad ordinaria (aplicación del artículo 174.2 LGSS y del Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo). En segundo lugar, niega la vulneración de los artículos 14 y 32 CE, en tanto que la recurrente parte de supuestos de hecho distintos, a saber, de un lado, el de la pensión de viudedad cuando el causante no ha contraído matrimonio anterior y, de otro lado, el de la pensión de viudedad cuando el causante tenía vínculo matrimonial anterior declarado nulo, supuestos para los que la Ley prevé una distinta regulación. En tercer lugar, considera que la recurrente en amparo no puede plantear ahora la inconstitucionalidad del artículo 174.2 LGSS, ya que en la vía judicial no ha instado del órgano jurisdiccional la inconstitucionalidad de dicho precepto. Finalmente, afirma que el Juzgado no incurrió en incongruencia por no hacer mención expresa al Convenio de la Organización Internacional del Trabajo invocado por la recurrente, norma que no resulta contradictoria con el contenido del precepto legal cuestionado.

D) Fundamentos jurídicos de la sentencia que desestima el recurso de amparo.

1. Planteamiento del problema jurídico.

Como ha quedado expuesto en los antecedentes de hecho, la recurrente en amparo imputa a las resoluciones recurridas la vulneración del derecho a la igualdad (artículo 14 CE) así como del derecho

de los cónyuges a contraer matrimonio con plena igualdad jurídica (artículos 32 y 39 CE), al aplicar el artículo 174.2 del texto refundido de la Ley general de la Seguridad Social, aprobado por Real Decreto Legislativo 1/1994, de 20 de junio (LGSS) —redacción derivada de la Disposición Adicional Decimotercera, apartado 1, de la Ley 66/1997, de 30 de diciembre—, que, a juicio de la recurrente, es inconstitucional y vulnera el Convenio de la Organización Internacional del Trabajo núm. 102, extremo este último respecto del que el órgano judicial no se ha pronunciado, incurriendo en incongruencia omisiva.

En efecto, la recurrente sostiene la existencia de un tratamiento desigual de las pensiones de viudedad concedidas a las viudas que se casaron con soltero con respecto a las viudas casadas con quien había contraído un anterior matrimonio que se disolvió por divorcio o que fue declarado nulo (como es su caso), ya que a estas últimas se les depara un trato peyorativo al reconocerles una diferente cuantía de la pensión que carece de justificación objetiva y razonable. En este sentido, califica de discriminatoria la atribución a la anterior cónyuge de una parte de la pensión de viudedad *prorrata temporis*, toda vez que el desequilibrio económico como consecuencia de la muerte del causante de la pensión lo sufre únicamente el cónyuge superviviente, que, sin embargo, ve reducida la cuantía de la pensión que le corresponde, pues a sus expensas se mejora la situación de un anterior cónyuge que no sufre perjuicio económico alguno.

Por el contrario, el Ministerio Fiscal interesa la desestimación del amparo solicitado al no haberse producido la vulneración del derecho a la igualdad ante la Ley. En este sentido, afirma que no es idéntica la situación de los supuestos objeto de comparación (situación de una persona que contrae matrimonio con una persona soltera frente a aquella que lo contrae con una persona con anterior vínculo matrimonial disuelto o anulado) y que el prorrateo de la pensión de viudedad en caso de concurrencia de cónyuges no puede calificarse como discriminatorio al tener un fundamento razonable como lo es la protección de la convivencia marital en función del tiempo de duración de la misma (*prorrata temporis*).

Por su parte, la representación procesal del Instituto Nacional de la Seguridad Social solicita la desestimación del amparo al considerar que se plantea a través de la demanda una cuestión de legalidad ordinaria relativa a la aplicación del artículo 174.2 LGSS y del Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo, por no haberse producido la lesión de los artículos 14 y 32 CE al partirse de supuestos de hecho que no resultan iguales, y por carecer la parte recurrente de

legitimación para plantear la inconstitucionalidad del precepto legal cuya aplicación se discute.

2. Consideraciones previas.

Ya en este punto y a la vista de los términos en que se ha desarrollado el debate procesal, para fijar la concreta cuestión debatida son precisas algunas observaciones previas:

a) Ciertamente, la demandante de amparo insta de este Tribunal el planteamiento de la autocuestión de inconstitucionalidad respecto del artículo 174.2 LGSS, a lo que se opone el Instituto Nacional de la Seguridad Social, alegando que tal petición no se formuló en la vía judicial, y a este respecto es de señalar:

1) Ante todo, ha de recordarse que una reiterada doctrina de este Tribunal viene poniendo de relieve «que el recurso de amparo no permite una impugnación abstracta de disposiciones generales que conduzca, en su caso, a una declaración de nulidad con efectos *erga omnes*, al margen y con independencia de la existencia o no de una lesión concreta y actual de un derecho fundamental» (STC 363/1993, de 13 de diciembre, FJ 4). Pues bien, en el caso que se examina, aparece claro que lo que se impugna, en primer plano, son decisiones concretas a las que se atribuye la lesión concreta y actual de un derecho fundamental, de suerte que sólo en segundo término figura la posible inconstitucionalidad del artículo 174.2 LGSS.

2) Por otra parte, el planteamiento de la autocuestión prevista en el artículo 55.2 LOTC es una decisión de este Tribunal para el caso de que se estime el recurso de amparo porque la Ley aplicada lesiona derechos fundamentales o libertades públicas. Y cuando concurre este supuesto de hecho, la Sala ha de elevar la cuestión al Pleno, con o sin petición de la demandante y sin necesidad de que tal petición se hubiera formulado en la vía judicial ordinaria: una cosa es que el derecho constitucional vulnerado se haya invocado en el proceso previo al amparo –artículo 44.1.c) LOTC–, que opera como requisito para su admisión, y otra muy distinta es que, una vez admitido el recurso, a la hora de fallarlo, la Sala aprecie la concurrencia del supuesto de hecho del artículo 55.2 LOTC.

b) La invocación del Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo, de 28 de junio de 1952, tiene en las alegaciones de la demandante un doble sentido:

1) Por una parte, se indica que, pese a haber sido alegado, la Sentencia del Juzgado guardó silencio sobre este punto, incurriendo en incongruencia omisiva, ante la inadmisión del recurso de duplicación. A este respecto bastará indicar que tal incongruencia omisiva no puede ser examinada por este Tribunal, por cuanto no consta que se haya

interpuesto con carácter previo al recurso de amparo el incidente de nulidad de actuaciones previsto en el entonces artículo 240.3 LOPJ, que ofrece un cauce para remediar los defectos procesales que causen indefensión o las resoluciones incongruentes en defecto de recurso válido (SSTC 32/2002, de 11 de febrero, FJ 2; 72/2002, de 8 de abril, FJ 2; 178/2002, de 14 de octubre, FJ 4; 39/2003, de 27 de febrero, FJ 3, y 25/2004, de 26 de febrero de 2004, FJ 2). De este modo, la demanda de amparo en relación con la queja de incongruencia sería prematura por incumplir la exigencia procesal de agotar todos los recursos utilizables en la vía judicial ordinaria [artículos 44.1 y 50.1.a) LOTC], exigencia que constituye una consecuencia del carácter subsidiario del recurso de amparo (artículo 53.2 CE).

2) En otra línea se invoca el Convenio 102 de la Organización Internacional del Trabajo para denunciar su incumplimiento por parte de la normativa española, pero esta cuestión ha de quedar fuera de nuestro conocimiento pues, aun siendo evidente la notable virtualidad hermenéutica de los tratados internacionales (STC 263/1994, de 3 de octubre, FJ 3) y su claro valor interpretativo a la luz de lo dispuesto en el artículo 10.2 CE, este Tribunal ha afirmado que no le corresponde, al conocer un recurso de amparo, examinar la observancia o inobservancia *per se* de textos internacionales que obliguen a España, sino tan sólo comprobar el respeto o la infracción de los preceptos constitucionales que reconocen derechos fundamentales y libertades públicas susceptibles de amparo (artículos 53.2 CE y 41.1 LOTC; SSTC 120/1990, de 27 de junio, FJ 3; 249/2000, de 30 de octubre, FJ 2, y 56/2003, de 24 de marzo, FJ 1).

c) Finalmente, ha de señalarse que aunque la recurrente alega violaciones de varios preceptos constitucionales (artículos 14, 32, 39 y 41), es claro que en el ámbito de este proceso únicamente se podrá examinar la señalada lesión del artículo 14 CE (artículos 53.2 CE y 41.1 LOTC).

3. Consideraciones sobre el principio de igualdad.

Centrándonos, pues, en la alegación de la parte recurrente sobre la vulneración del derecho a la igualdad ante la Ley (artículo 14 CE), conviene recordar que, según reiterada doctrina de este Tribunal, el principio de igualdad no implica en todos los casos un tratamiento legal igual con abstracción de cualquier elemento diferenciador de relevancia jurídica, pues no toda desigualdad de trato normativo respecto a la regulación de una determinada materia supone una infracción del mandato contenido en el artículo 14 CE, sino tan sólo las que introduzcan una diferencia entre situaciones que puedan considerarse iguales, sin que se ofrezca y posea una justificación objetiva y

razonable para ello. El principio de igualdad exige, así, que a iguales supuestos de hecho se apliquen iguales consecuencias jurídicas y, por tanto, veda la utilización de elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable. En suma, lo que prohíbe el principio de igualdad son las desigualdades que resulten artificiosas o injustificadas por no venir fundadas en criterios objetivos y razonables, de valor generalmente aceptado. También es necesario, para que sea constitucionalmente lícita la diferencia de trato, que las consecuencias jurídicas que se deriven de tal distinción sean proporcionadas a la finalidad perseguida, de suerte que se eviten resultados excesivamente gravosos o desmedidos. En resumen, el principio de igualdad no sólo exige que la diferencia de trato resulte objetivamente justificada, sino también que supere un juicio de proporcionalidad sobre la relación existente entre la medida adoptada, el resultado producido y la finalidad pretendida (por todas, SSTC 39/2002, de 14 de febrero, FFJJ 4 y 5; 103/2002, de 6 de mayo, FJ 4, y 104/2004, de 28 de junio, FJ 4).

Lo propio del juicio de igualdad, ha dicho este Tribunal, es «su carácter relacional conforme al cual se requiere como presupuestos obligados, de un lado, que, como consecuencia de la medida normativa cuestionada, se haya introducido directa o indirectamente una diferencia de trato entre grupos o categorías de personas» (STC 181/2000, de 29 de junio, FJ 10) y, de otro, que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso. Sólo ante iguales supuestos de hecho actúa la prohibición de utilizar «elementos de diferenciación que quepa calificar de arbitrarios o carentes de una justificación razonable» (STC 39/2002, de 14 de febrero, FJ 4). En definitiva, como ha sintetizado la STC 125/2003, de 19 de junio, el principio de igualdad prohíbe al legislador «configurar los supuestos de hecho de la norma de modo tal que se dé trato distinto a personas que, desde todos los puntos de vista legítimamente adoptables, se encuentran en la misma situación o, dicho de otro modo, impidiendo que se otorgue relevancia jurídica a circunstancias que, o bien no pueden ser jamás tomadas en consideración por prohibirlo así expresamente la propia Constitución, o bien no guardan relación alguna con el sentido de la regulación que, al incluirlas, incurre en arbitrariedad y es por eso discriminatoria» (FJ 4).

También es conveniente tener presente respecto del derecho a la igualdad con relación a las prestaciones del sistema de la Seguridad Social, que es doctrina de este Tribunal, como sintetiza la STC 197/2003, de 30 de octubre, FJ 3, que «el artículo 41

CE convierte a la Seguridad Social en una función estatal en la que pasa a ocupar una posición decisiva el remedio de situaciones de necesidad, pero tales situaciones han de ser apreciadas y determinadas teniendo en cuenta el contexto general en que se producen y en conexión con las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales. No puede excluirse por ello que el legislador, apreciando la importancia relativa de las situaciones de necesidad a satisfacer, regule, en atención a las circunstancias indicadas, el nivel y condiciones de las prestaciones a efectuar o las modifique para adaptarlas a las necesidades del momento (STC 65/1987). Los artículos 41 y 50 CE no constriñen al establecimiento de un único sistema prestacional fundado en principios idénticos, ni a la regulación de unos mismos requisitos o la previsión de iguales circunstancias determinantes del nacimiento del derecho (STC 114/1987). La identidad en el nivel de protección de todos los ciudadanos podrá constituir algo deseable desde el punto de vista social, pero cuando las prestaciones derivan de distintos sistemas o regímenes, cada uno con su propia normativa, no constituye un imperativo jurídico (SSTC 103/1984 y 27/1988), ni vulnera el principio de igualdad (STC 77/1995, de 20 de mayo, FJ 4)».

Finalmente, en lo que ahora interesa, no es ocioso sintetizar que, en relación con la concreta pensión de viudedad discutida, este Tribunal ha afirmado que se trata de una pensión única repartida entre los distintos cónyuges supervivientes (STC 125/2003, de 19 de junio) y que entre los requisitos que la generan se ha exigido el vínculo matrimonial, considerando no discriminatoria la regulación que permite denegar la pensión de viudedad al superviviente de una pareja de hecho (STC 27/1986, de 19 de febrero; STC, Pleno, 184/1990, de 15 de noviembre, reiterada por las SSTC 29/1991, 30/1991, 35/1991, 38/1991, todas de 14 de febrero, 77/1991, de 11 de abril, y 66/1994, de 28 de febrero, o los AATC 232/1996, de 22 de julio, y el reciente de Pleno 188/2003, de 3 de junio). Hemos mantenido, igualmente, que el matrimonio es una institución garantizada por la Constitución, que el derecho del hombre y de la mujer a contraerlo es un derecho constitucional (artículo 32.1) y que su régimen jurídico corresponde a la ley por mandato constitucional (artículo 32.2); así como que el vínculo matrimonial genera *ope legis* en la mujer y el marido una pluralidad de derechos y deberes (STC 184/1990, de 15 de noviembre, FJ 3).

4. Aplicación de la doctrina constitucional al caso concreto.

En el supuesto enjuiciado, la recurrente en amparo cuestiona el criterio proporcional (*prorrata temporis*) establecido para aquellos supuestos en los

que concurren varios beneficiarios de la pensión de viudedad. Como ha quedado expuesto, se alega la discriminación que sufre la viuda supérstite al tener que compartir su pensión de viudedad con otra beneficiaria (la anteriormente casada con el causante de la pensión cuyo matrimonio se disolvió o anuló) en relación con la viuda supérstite de un causante que no ha contraído anteriores nupcias, pues, sólo y exclusivamente en este último caso, la viuda percibe la totalidad de la pensión de viudedad. Se comparan, así pues, los supuestos en los que la pensión de viudedad corresponde al cónyuge de quien contrajo dos o más matrimonios respecto de aquéllos en los que dicha pensión de viudedad pertenece al cónyuge de quien contrajo un solo matrimonio, y se afirma que el prorrateo de la pensión en proporción al tiempo de convivencia cuando concurren varios beneficiarios vulnera el principio de igualdad contenido en el artículo 14 CE.

Así las cosas, como advierte el Ministerio Fiscal, ha de señalarse que los supuestos contemplados presentan un claro elemento diferenciador, pues la pensión de viudedad se configura en relación con un causante, que no es el beneficiario directo y cuyas vicisitudes matrimoniales, fruto de su personal autonomía y libertad, son las que finalmente repercuten en el régimen jurídico de la pensión del beneficiario, ya que el legislador ha considerado como interés susceptible de protección el derivado de la convivencia marital durante un cierto tiempo. No pueden considerarse términos homogéneos para llevar a cabo la compa-

ración necesaria en el juicio de igualdad biografías diferentes en el terreno matrimonial precisamente de la persona que con su muerte causa la pensión de viudedad. Y, en coherencia con tales biografías, el legislador ha tomado en consideración el tiempo de convivencia conyugal con el causante, en cuyo período de tiempo se ha realizado la pertinente cotización a la Seguridad Social a efectos de la pensión.

Sobre esta base, hemos de concluir que efectivamente cuenta con una justificación objetiva y razonable la opción de no excluir de la titularidad de la pensión de viudedad a quienes anteriormente tuvieron la condición de cónyuges y que como tales convivieron con el causante durante un cierto lapso tiempo: como señalábamos en la STC 125/2003, de 19 de junio, FJ 6, «la pensión de viudedad queda concebida como única pensión repartida entre todos los cónyuges supérstites». Sin que, por otro lado, ofrezca dudas la proporcionalidad de la solución, pues ésta enlaza directamente con el tiempo de convivencia con el causante y justamente el criterio de reparto opera en proporción a dicho tiempo.

Cuestión distinta es que pudieran existir otras opciones que operan como posibilidades permitidas al legislador en el ámbito de la Seguridad Social y sobre las que él ha de decidir, teniendo en cuenta «las circunstancias económicas, las disponibilidades del momento y las necesidades de los diversos grupos sociales» (STC 197/2003, de 30 de octubre, FJ 3).

Vulneración del derecho a la igualdad al haberse denegado una pensión de viudedad por no constar inscrito el matrimonio en el Registro Civil, ya que considerar inexistente el matrimonio no inscrito y negar la condición de cónyuge a quien ha demostrado su válido vínculo matrimonial, es otorgar a la inscripción un valor constitutivo que no resulta acorde con el artículo 61 del CC y aboca a un resultado desproporcionado como es la denegación de la pensión.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 2.ª, SENTENCIA DE 15 DE NOVIEMBRE DE 2004

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ El 13 de julio de 1991 D. Pedro solicitó una pensión de viudedad por fallecimiento de D.ª Alicia, acaecido el día 27 de mayo anterior cuando se hallaba en servicio activo perteneciendo al cuerpo de Maestros. El actor solicitó dicha pensión con fundamento en el matrimonio canónico que había contraído con anterioridad en el seno de la Comunidad Cristiana Popular de la Parroquia del Sagrado Corazón de Jesús del Arzobispado de Barcelona el 6 de mayo de 1977.

- ⦿ Mediante Resolución de fecha 1 de septiembre de 1999 la solicitud fue desestimada por la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas, con fundamento en que no había acreditado ser cónyuge legítimo de la fallecida al no haber inscrito el matrimonio en el Registro Civil.
- ⦿ Contra la anterior resolución el actor interpuso reclamación económico-administrativa ante el Tribunal Económico-Administrativo Central, que fue desestimada mediante nueva Resolución de 6 de abril de 2000. En dicha resolución, tras advertir que se solicitaba la pensión como pareja de hecho conviviente, se deniega la pensión por falta de acreditación de la condición de «cónyuge legítimo» al no haber presentado el recurrente certificación de la inscripción de su matrimonio cuando, de acuerdo con la normativa aplicable en el momento del matrimonio (Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957 y su Reglamento de aplicación, de 14 de noviembre de 1958) son los asientos de dicho Registro la prueba de los hechos inscritos y sólo, en caso de falta de inscripción, se admiten otros medios de prueba cuando, previa o simultáneamente, se hubiera instado la inscripción omitida, estando obligados a promover la misma, entre otros, los propios contrayentes. La falta de inscripción, a juicio de la resolución, impide entender vulnerado el principio de igualdad al no ser realidades equivalentes la convivencia extramatrimonial y el matrimonio.
- ⦿ Contra esta resolución judicial D. Pedro interpuso demanda de amparo por vulneración del principio de igualdad reconocido en el artículo 14 CE, que fue estimada por el Tribunal Constitucional, quien acordó anular el Acuerdo de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas de 1 de septiembre de 1999, la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 6 de abril de 2000, así como la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 11 de marzo de 2002, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra aquéllos, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictar la primera resolución administrativa impugnada a fin de que se dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

A) Razonamiento Jurídico de la sentencia de la Audiencia Nacional para desestimar la petición de pensión de viudedad.

La Sentencia comienza afirmando que «en el caso que ahora nos ocupa está acreditada la relación matrimonial que vinculaba al actor con la funcionaria pretendidamente causante de la pensión, en virtud de los documentos obrantes en el expediente administrativo, así como la falta de inscripción en el Registro Civil, por lo que toda la cuestión planteada se reduce a determinar si el actor tiene o no derecho al percibo de pensión de viudedad, teniendo en cuenta que no ha procedido a la inscripción de su matrimonio con D.^a Alicia en el Registro Civil español» (FD 2).

A continuación, recuerda que el artículo 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado, dispone de forma textual que «tendrán derecho a la pensión de viudedad quienes sean o hayan sido cónyuges legítimos del causante de los derechos pasivos» y que es constante la doctrina constitucional que exige la existencia del vínculo matrimonial como presupuesto para acceder a la pensión de viudedad, no incurriendo en inconstitucionalidad alguna el establecimiento de consecuencias jurídicas distintas para situaciones no susceptibles de someterse a comparación, al no resultar cierta una «pretendida situación de igualdad entre aquellos que hubieran contraído matrimonio con arreglo al ordenamiento jurídico y quienes, en ejercicio de su libertad, han

excluido de sus relaciones dicha institución o no la han cumplimentado legalmente en orden a sus efectos», con cita de las SSTC 184/1990, de 15 de noviembre y 30/1991, de 14 de febrero, doctrina que entiende trasladable al sistema de clases pasivas de los funcionarios públicos.

A partir de estas premisas la Sentencia afirma textualmente que en relación con la acreditación de la condición de «cónyuge legítimo», se ha de acudir «necesariamente a lo que dispone al respecto la Ley de Registro Civil de 8 de junio de 1957, en cuyo artículo 1 se determina que “en el Registro Civil se inscribirán los hechos concernientes al estado civil de las personas y aquellos otros que determine la Ley”, citándose expresamente el matrimonio en su número 9, y en el artículo 2 se dice que “el Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos...”, pudiendo solamente justificarse tales hechos con las correspondientes certificaciones que se expidan de sus asientos, con las formalidades legalmente establecidas; por lo que no puede acogerse en forma alguna la afirmación que se hace en el escrito de demanda en el sentido de que a falta de inscripción registral, cuando la unión conyugal ha sido pública y notoria, no puede privar de la pensión de viudedad, dado que la falta de inscripción no constituye un elemento esencial del matrimonio».

Por todo ello la Audiencia Nacional afirma que, de acuerdo con la normativa aplicable, es de «plena aplicabilidad al caso presente la doctrina constitucional expuesta incluso en cuanto, en este caso, el impedimento no consiste en no haber contraído matrimonio, sino en no inscribir el mismo en el Registro Civil por causa de una opción libremente ejercida, privándole de los efectos aquí pretendidos por imperativo legal claro y expreso».

B) Base jurídica del recurso de amparo.

El recurrente aduce que la desestimación de la demanda se justifica por su falta de inscripción registral, no por la falta de vínculo matrimonial y alega que tal conclusión vulnera el artículo 14 CE pues ni el artículo 38.1 Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, que regula la concesión de pensiones de viudedad para los cónyuges de los empleados públicos, ni su homónimo artículo 160 LGSS (actual artículo 174 LGSS) en la legislación laboral, exigen dicha inscripción, por lo que la Sentencia impugnada al no otorgar el reconocimiento de la pensión de viudedad genera una situación de desigualdad entre situaciones jurídicas idénticas que carece de justificación objetiva y razonable.

Entiende que se le ha discriminado por el simple hecho de ostentar la condición de viudo de una

funcionaria pública negándose el reconocimiento a percibir la correspondiente pensión por no haber inscrito en el Registro Civil el matrimonio canónico que había contraído cuando, a igualdad de situaciones y tratándose de personas en su misma situación jurídica pero cuyos cónyuges hubieran sido trabajadores por cuenta ajena sujetos al régimen general de la Seguridad Social, si se les habría reconocido el derecho al percibo de la pensión de viudedad reclamada. Alude a varias Sentencias (Tribunal Supremo, Sala de lo Social, de 19 de noviembre de 1998, de las Salas de lo Social del Tribunal Superior de Justicia de Valencia de 3 de mayo de 1995 y de 14 de octubre y del Tribunal Superior de Justicia de Málaga de 10 de julio de 1998 o la del Juzgado de lo Social de Mieres) que admiten la pensión de viudedad por matrimonio canónico no inscrito, si bien en relación con trabajadores sujetos al régimen general de la Seguridad Social; doctrina que entiende plenamente extrapolable. Alega que la no inscripción en el Registro Civil plantea un problema de prueba que incumbe a quien lo alega pero una vez acreditado el matrimonio, como en el presente caso, su falta no puede privar a éste de efectos dado que la inscripción puede realizarse en cualquier momento. Alega por ello que se vulnera el 14 CE por diferencia de trato respecto del resto de personas casadas canónicamente.

C) Informe del Ministerio Fiscal

El 22 de julio el Ministerio Fiscal registró escrito interesando la estimación del recurso de amparo. Tras precisar que se trata de un amparo mixto, entiende que una interpretación combinada de los artículos 61 CC y 70 de la Ley de Registro Civil ponen de manifiesto que los efectos civiles y económicos del matrimonio celebrado, sea en forma civil o en la religiosa reconocida por el Estado, se producen desde su celebración y si bien ambos preceptos señalan que «para el pleno reconocimiento de los mismos será necesaria su inscripción en el Registro Civil» tal regulación no implica que la inscripción tenga efectos constitutivos. Desde la perspectiva de la legalidad ordinaria ambos preceptos revelan que los efectos del matrimonio operan desde el mismo momento de su celebración cumpliendo tan sólo la inscripción en el Registro, la función de constituir un medio de prueba frente a terceros de su existencia.

Por ello la ausencia de inscripción no perjudica los derechos adquiridos de buena fe por terceros porque éstos, en la confianza que la publicidad del Registro les otorga, pueden llegar a desconocer la existencia de dicho matrimonio que, sin embargo, se ha podido celebrar pero que no figura inscrito. Interpretación que avala la propia Dirección General de los Registros y del Notariado cuando,

en Resoluciones como la de 12 de febrero de 1994 ha declarado que la circunstancia de que el matrimonio no esté inscrito implicará una dificultad de prueba de su celebración y del pleno reconocimiento de sus efectos, pero que no puede provocar la grave consecuencia de estimar que el contrayente no está casado. Si los efectos de la inscripción están limitados a los meramente probatorios de la existencia de esta institución, se habrá de concluir, en su opinión, afirmando que el matrimonio, en este caso el canónico contraído por recurrente con su fallecida esposa, era perfectamente válido desde el momento de su celebración.

Desde el plano de estricta constitucionalidad el Ministerio público señala que no cabe apreciar la denuncia de desigualdad en la aplicación de la ley al no haberse aportado un término válido de comparación, bien porque el órgano judicial es diferente o de una jurisdicción distinta, y en que no se trata de idénticos supuestos por cuanto en ellos se analiza el reconocimiento de una pensión de viudedad con cargo a la seguridad social derivada del fallecimiento de un trabajador por cuenta ajena sujeto al régimen general correspondiente, mientras que en el supuesto de autos, lo que se solicita es la pensión de viudedad de una empleada pública. Pero aduce que la queja puede reconducirse a los términos más genéricos de igualdad ante la ley, puesto que si todo matrimonio comienza su existencia en el momento de su celebración habrá de concluir que, como ocurre en el caso de autos, el matrimonio canónico contraído por el actor y su fallecida esposa es exactamente igual a cualquier otro matrimonio que ha tenido acceso al Registro Civil.

Y es evidente por tanto que la pensión ha de ser reconocida conforme determina el Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, a «quienes sean o hayan sido cónyuges legítimos del causante de los derechos pasivos», situación jurídica del actor, en cuanto cónyuge unido por vínculo matrimonial a su fallecida esposa, situación idéntica a cualesquiera otras personas, cuya situación aunque inscribiendo su matrimonio en el Registro, es igual en la configuración legal establecida: contraer matrimonio con la persona fallecida.

D) Alegaciones del Abogado del Estado.

El 14 de julio de 2004 se registró escrito del Abogado del Estado oponiéndose al otorgamiento del amparo al no apreciarse ninguna lesión del principio de igualdad consagrado en el artículo 14 CE. Por un lado porque entiende que no es posible comparar el matrimonio con la situación de una pareja de hecho y porque, dentro de la relación matrimonial, tampoco es posible comparar la relación según se haya inscrito o no en el Registro Civil. El Abogado del Estado manifiesta que el demandante pretende limitar el alcance y efectos

de este requisito limitándolos a un problema de prueba del matrimonio porque el matrimonio ha sido acreditado en el presente supuesto, pero ello, a su juicio, supone confundir una cuestión de prueba con una cuestión de eficacia y no tiene en cuenta que, en realidad, no es que el matrimonio esté sujeto a límites probatorios específicos, en el sentido de que su acreditación quede constreñida a ciertos medios de prueba en el proceso, ni tampoco que carezca de efectos si no se causa la inscripción, puesto que, de acuerdo con el artículo 61 CC, produce efectos desde su celebración.

De lo que se trata es de que frente a terceros, y el Estado lo es, la justificación del matrimonio sólo puede hacerse por la certificación. De ahí que la Administración obrara correctamente cuando se atiene a los datos registrales y que no haya sido correcta la actuación de la jurisdicción contencioso-administrativa pues en su función de revisora ha de enjuiciar únicamente si la Administración ha obrado o no conforme a Derecho.

Por otro lado señala el Abogado del Estado que no hay contradicción en la Sentencia por reconocer la existencia del matrimonio entre la funcionaria y el demandante, pues la propia Sentencia aclara que el no otorgamiento de la pensión no deriva de no haber contraído matrimonio, sino de su falta de inscripción. Es el Registro Civil el único instrumento que permite identificar frente a terceros la existencia de matrimonio entre las distintas formas de matrimonio reconocidas, son los contrayentes quienes excluyeron por propia determinación la publicidad registral de su matrimonio y su eficacia respecto de terceros y, en contra de lo que se afirma en la demanda de amparo, no es una pura formalidad accesoria la de la inscripción del matrimonio en el Registro Civil, ni puede ampararse la supuesta ignorancia de su existencia o efectos, dando relevancia a otras pruebas que ocasionalmente se formulen a conveniencia de los interesados. El matrimonio puede haber existido, pero de esa existencia no puede hacerse uso para producir un efecto frente a tercero cuando la Ley solamente permite esa justificación por medio de la certificación registral.

E) Fundamentos jurídicos de la sentencia que estima el recurso de amparo.

1. El demandante de amparo imputa a resolución judicial impugnada la vulneración del principio de igualdad reconocido en el artículo 14 CE porque, aun cuando consta la existencia de matrimonio, no se le reconoce la pensión de viudedad por no estar inscrito en el Registro Civil, pese no ser éste un requisito establecido legalmente. Este requisito de la inscripción provoca que no se equipare su situación a la del resto de matrimonios canónicos, sino, por el contrario, con las parejas

de hecho lo que resulta un trato desigual injustificado que, además, a su juicio resulta contrario a lo que se viene admitiendo por parte de otros Tribunales.

El Ministerio Fiscal interesa igualmente que se estime el recurso de amparo por entender que, efectivamente, se ha vulnerado el principio de igualdad ante la ley al dotar a situaciones iguales de un tratamiento desigual no justificado y desproporcionado. Por el contrario, el Abogado del Estado niega la existencia de la vulneración aducida, porque se trata de situaciones diferentes no susceptibles de comparación alguna.

2. Antes de examinar el fondo del asunto conviene advertir que el recurrente imputa la vulneración del principio de igualdad de modo exclusivo a la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, a la que reprocha la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la Ley y la situación de desigualdad a la que en definitiva se ha visto sometido como consecuencia de la equiparación que se ha realizado entre su situación y la de las parejas de hecho pese a haberse demostrado, y haberse reconocido, la existencia de un matrimonio canónico válidamente celebrado.

Si bien el demandante de amparo invoca el artículo 14 CE en relación con la Sentencia, lo cuestionado serían tanto las resoluciones administrativas como la posterior Sentencia dictada. En efecto, aunque el recurrente imputa la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley a la Sentencia dictada por la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional y también a ella imputa el trato desigual injustificado, lo cierto es que en realidad nos encontramos ante un amparo mixto, ya que el desigual trato al que se le ha sometido y que se denuncia se habría producido en el inicial ámbito del expediente administrativo sustanciado para resolver la solicitud de la pensión de viudedad, como se deduce de los argumentos impugnatorios y del propio suplico de la demanda, donde se solicita la anulación de la Sentencia recurrida, así como el reconocimiento del derecho a percibir la pensión que reclama, lo que sólo sería factible mediante la anulación de las resoluciones administrativas de las que trae su causa la resolución judicial impugnada.

3. Pues bien, ante todo debe descartarse desde el inicio la vulneración del principio de igualdad en la aplicación de la ley (artículo 14 CE), no sólo porque las resoluciones judiciales alegadas en amparo se formulan más como una prueba de que la interpretación de la norma realizada resulta errónea, sino porque, en todo caso, este derecho no se habría visto vulnerado.

En efecto, el principio de igualdad en la aplicación judicial de la Ley exige que un mismo órgano judicial no modifique de manera arbitraria su interpretación de las normas jurídicas pero no impone que órganos distintos estén obligados a mantener interpretaciones coincidentes, puesto que lo contrario sería negar independencia en la función jurisdiccional a cada uno de los Jueces y Tribunales que encarnan el poder judicial (por todas, STC 68/1991, de 8 abril, FJ 3), y lo prohibido por el principio de igualdad en aplicación de la Ley es el cambio irreflexivo o arbitrario de un mismo órgano judicial (por todas, SSTC 240/1998, de 15 de diciembre, FJ 6; 13/2004, de 9 de febrero, FJ 2). Por lo que al enumerarse resoluciones judiciales de órganos judiciales diferentes a la Audiencia Nacional, en el marco por tanto de un orden jurisdiccional diferente, no cabe más que concluir que a pesar de que, ciertamente, en ellas se otorga la prestación a matrimonios canónicos no inscritos y a matrimonio islámico no inscrito en el Registro Civil español habiendo adquirido ambos cónyuges la nacionalidad española, en el presente caso no se ha aportado un término adecuado de comparación incumpliendo, con ello, lo exigido de modo constante por este Tribunal (entre otras, STC 36/2000, de 14 de febrero, FJ 3).

4. Lo que esencialmente denuncia el demandante de amparo es la vulneración del principio de igualdad (artículo 14 CE) por no haber corregido el órgano judicial la desigualdad sufrida como consecuencia de la interpretación realizada por las resoluciones administrativas que exigen la inscripción de su matrimonio en el Registro para tener derecho a obtener la pensión de viudedad caso de cumplir el resto de los requisitos legales exigidos. En concreto lo que la demanda alega es que se produce una desigualdad no justificada porque se compara su situación, de matrimonio, con la de las parejas de hecho y no así con la del resto de matrimonios canónicos.

La pretensión que aquí se esgrime, como se comprueba, no es la de examinar si el matrimonio canónico no inscrito tiene o no eficacia (como ocurría en la STC 146/1987, de 24 de septiembre), lo que constituiría una pretensión de mera legalidad, sino si la equiparación realizada administrativa y judicialmente (matrimonio canónico no inscrito como situación asimilable a las parejas de hecho pero no al resto de matrimonios canónicos inscritos cuando se trata de valorar sus «efectos prestacionales») y el trato desigual que con ella se denuncia, resultan o no adecuados desde la perspectiva del artículo 14 CE; valoración del canon de igualdad utilizado por las resoluciones que se impugnan (administrativas y judicial) que, por el contrario, sí es susceptible de ser examinado por este Tribunal (artículo 41.3 LOTC).

Pues bien, antes de examinar el fondo del asunto debe recordarse que la norma que ha sido objeto de interpretación declara que «tendrán derecho a la pensión de viudedad quienes sean o hayan sido cónyuges legítimos del causante de los derechos pasivos». Es cierto que este Tribunal, a la hora de examinar esta misma exigencia en el ámbito de la Seguridad Social de los trabajadores por cuenta ajena, ha declarado en numerosas ocasiones que la pensión de viudedad, entre otros requisitos, tiene como presupuesto la existencia de «vínculo matrimonial» entre el causante y la persona beneficiaria afirmando que tal exigencia no puede reputarse contraria al artículo 14 CE al no ser situaciones equiparables a del matrimonio y la convivencia extramatrimonial, siendo por ello posible que el legislador, dentro de su amplísima libertad de decisión deduzca razonablemente consecuencias diferentes de la diferente situación de partida, lo que se extiende también a las pensiones de viudedad de suerte que dicha exigencia normativa no vulnera lo dispuesto en el artículo 14 de la Constitución.

Tal razonamiento constitucional resulta plenamente trasladable al ámbito que ahora nos ocupa (ATC 156/1987, de 11 de febrero, aunque en el marco de la Administración militar) de suerte que es posible afirmar que la norma que ha sido ahora objeto de interpretación judicial al vincular la prestación a la condición de «cónyuge legítimo» contempla, en efecto, dos situaciones diferentes –personas con vínculo matrimonial frente a las situaciones de convivencia extramatrimonial– a las que vincula dos efectos jurídicos diferentes: el otorgamiento o no de la pensión, sobre la base de que, además, se cumpla el resto de condicionantes legales. Diferenciación que también aquí resulta ajustada a las exigencias constitucionales al ser trasladable sin dificultad la doctrina contenida en la STC 184/1990, de 15 de noviembre, según la cual «no serán necesariamente incompatibles con el artículo 39.1 CE, ni tampoco con el principio de igualdad, las medidas de los poderes públicos que otorgan un trato distinto y más favorable a la unión familiar que a otras unidades convivenciales, ni aquellas otras medidas que favorezcan el ejercicio del derecho constitucional a contraer matrimonio (artículo 32.1 CE), siempre, claro es, que con ello no se coarte ni se dificulte irrazonablemente al hombre y la mujer que decidan convivir *more uxorio*» (FJ 2).

Y ello porque «siendo el derecho a contraer matrimonio un derecho constitucional, cabe concluir que el legislador puede, en principio, establecer diferencias de tratamiento entre la unión matrimonial y la puramente fáctica y que, en concreto, la diferencia de trato en la pensión de viudedad entre cónyuges y quienes conviven de hecho sin que nada les impida contraer matrimonio no es arbitra-

ria o carente de fundamento» (FJ 3). Argumentos reafirmados en esencia en la reciente Sentencia del Pleno 125/2003, de 19 de junio.

5. Pero el problema que ahora se presenta como novedoso es que, en el caso enjuiciado, el diferente trato otorgado al recurrente es consecuencia, no del hecho de no haber contraído matrimonio, sino de no inscribirlo en el Registro Civil, siendo esta circunstancia la que fundamenta la denegación de la pensión en las resoluciones administrativas y la que posteriormente ratifica el órgano judicial. Un examen cabal de este nuevo problema exige partir de dos realidades fácticas que no pueden perderse de vista.

La primera de ellas es que el artículo 38 del Real Decreto Legislativo 670/1987, de 30 de abril, por el que se aprueba el texto refundido de la Ley de clases pasivas del Estado, dispone de forma textual que «tendrán derecho a la pensión de viudedad quienes sean o hayan sido cónyuges legítimos del causante de los derechos pasivos». Como se comprueba, en puridad, la norma aplicada no contiene de modo expreso el requisito de la inscripción registral y aunque diferencia entre situaciones matrimoniales y convivencia de hecho, no lo hace de modo expreso entre matrimonios registrados y no registrados. La desigualdad que se denuncia en la demanda de amparo es por ello exclusiva consecuencia de una determinada interpretación de la Ley por parte de la Administración, que se considera razonable en vía judicial al dar por bueno el resultado que se tacha de discriminatorio o contrario al artículo 14 CE.

La segunda es que tanto en las resoluciones administrativas como en la Sentencia impugnada se deja expresa y palmariamente constancia de la existencia de un matrimonio celebrado válidamente, pero se afirma que para ostentar la condición de «cónyuge legítimo» es precisa la inscripción registral.

En efecto, el reconocimiento de la existencia de un vínculo matrimonial y la reducción del problema a los efectos derivados de su falta de inscripción constituyen realidades para las que no puede ser más gráfico el fundamento de derecho 2 de la Sentencia impugnada cuando expone que «en el caso que ahora nos ocupa está acreditada la relación matrimonial que vinculaba al actor con la funcionaria pretendidamente causante de la pensión, en virtud de los documentos obrantes en el expediente administrativo, así como la falta de inscripción en el Registro Civil, por lo que toda la cuestión planteada se reduce a determinar si el actor tiene o no derecho al percibo de la pensión de viudedad». Esta idea se reitera en el fundamento de derecho 4 cuando en él se afirma la «plena aplicabilidad al caso presente de la doctrina constitucional expuesta,

incluso en cuanto, en este caso, el impedimento no consiste en no haber contraído matrimonio, sino en no inscribir el mismo en el Registro Civil por causa de una opción libremente ejercida, privándole de los efectos aquí pretendidos por imperativo legal claro y expreso».

6. En la medida en que el principio de igualdad en la Ley consiste en que, ante supuestos de hecho iguales, las consecuencias jurídicas que se extraigan deban ser, asimismo, iguales, el primer aspecto que ha de verificarse es si las situaciones que se comparan en la demanda de amparo reflejan un término adecuado y suficiente de comparación ya que, como hemos señalado en múltiples ocasiones, el juicio de igualdad es relacional y requiere como presupuesto «que las situaciones subjetivas que quieran traerse a la comparación sean, efectivamente, homogéneas o equiparables, es decir, que el término de comparación no resulte arbitrario o caprichoso (STC 148/1986, de 25 de noviembre, FJ 6; 29/1987, de 6 de marzo, FJ 5; 1/2001, de 15 de enero, FJ 3)» (STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5).

Debiéndose tener en cuenta que han de considerarse iguales dos supuestos de hecho cuando la introducción en uno de ellos de un elemento o factor que permita diferenciarlo del otro haya de considerarse falta de un fundamento racional y sea, en consecuencia, arbitrario, por no resultar necesario tal factor diferencial para la consecución del fin perseguido por el legislador (en este sentido, STC 200/2001, de 4 de octubre, FJ 5). Sobre estas bases debemos verificar si la interpretación realizada y el factor diferencial que en el presente caso se ha manejado (inscripción o no en el Registro Civil) resulta conforme con el artículo 14 CE.

Pues bien, en este sentido debemos comenzar señalando que el reconocimiento no cuestionado de la existencia de vínculo matrimonial en el caso ahora enjuiciado impide entender que la situación del recurrente en amparo sea idéntica o equiparable a la de las parejas que conviven *more uxorio* y que no sea equivalente al resto de matrimonios aunque estén inscritos.

Muy por el contrario, el reconocimiento de la existencia de un vínculo matrimonial y la afirmación de que el matrimonio ha sido celebrado obligan a considerar equiparables ambas situaciones a los efectos de la prestación cuestionada y, en todo caso, impide exigir para el otorgamiento de la pensión un requisito adicional que se encuentra extramuros de la capacidad interpretativa de que disfruta la Administración y el órgano judicial por estar claramente vedado por el principio de igualdad.

En el presente caso no cabe duda de que el matrimonio del recurrente, comparado con otro

matrimonio canónico inscrito, es plenamente equiparable en su existencia, pues ambos existen como tal desde el momento de su válida celebración. Ante situaciones jurídicas idénticas, esto es, existencia de vínculo matrimonial como condición a la que la norma legal vincula una determinada consecuencia jurídica que ha sido considerada adecuada desde el prisma constitucional por este Tribunal, concluir que no se ha demostrado «la existencia de un matrimonio legítimo» por la falta de inscripción (Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central) o concluir que, pese a haber contraído matrimonio, no es aplicable el régimen jurídico derivado de éste como consecuencia de no inscribir el mismo en el Registro Civil (que es lo mismo que decir que la condición de cónyuge sólo se adquiere con la inscripción en el Registro Civil), supone introducir una diferencia añadida, que en modo alguno puede calificarse de objetiva y razonable y que resulta desproporcionada al exceder dicho requisito de la finalidad de la norma prestacional.

En efecto, aun cuando la inscripción fuera susceptible de justificar ciertas diferencias entre matrimonios inscritos y no inscritos, cuestión que excede de nuestra competencia pues no nos corresponde delimitar el polémico debate doctrinal y jurisprudencial en torno al alcance entre «efectos» y «plenos» efectos civiles, lo cierto es que la normativa aplicada en el caso ahora enjuiciado es de carácter «prestacional» y exclusivamente exige haber sido «cónyuge legítimo» del causante de la pensión. Requerir la inscripción cuando se trata de un elemento que nada añade a la existencia de un «vínculo matrimonial» y considerar que la misma es definitoria del matrimonio legítimo y de la consideración de un «cónyuge» como «legítimo», provoca la creación de una desigualdad artificiosa y arbitraria por no estar fundada en criterios o juicios de valor generalmente aceptados. No se trata aquí de un problema de reconocimiento o falta de reconocimiento de un matrimonio celebrado bajo la normativa de un Estado ajeno al español, sino de un matrimonio válidamente celebrado de acuerdo con nuestro ordenamiento jurídico.

Prueba de su falta de razonabilidad es que su exigencia en el supuesto enjuiciado, aboca a considerar que el demandante de amparo no ostenta la condición de cónyuge legítimo, pese a haber quedado admitido su válido vínculo matrimonial, y que su situación resulta semejante a la de las parejas de hecho cuando éstas suponen el ejercicio del derecho a no contraer matrimonio.

Considerar inexistente el matrimonio no inscrito y negar la condición de cónyuge a quien ha demostrado su válido vínculo matrimonial, pone de manifiesto que se otorga a la inscripción

un valor constitutivo, lo que no resulta acorde a lo que expresamente establece el apartado 1 del artículo 61 del Código Civil, a la par que aboca a un resultado claramente desproporcionado como es la denegación de la pensión. Por consiguiente, si hemos declarado que «dos supuestos de hecho habrán de reputarse iguales si el elemento diferenciador carece de la suficiente relevancia y fundamento racional (por todas, SSTC 103/1983, 68/1990, 142/1990 y 114/1992)» (ATC 68/1996, de 25 de marzo), no nos queda sino afirmar, como hace el Ministerio Fiscal, que a estos efectos el matrimonio canónico contraído por el recurrente con su fallecida esposa es exactamente igual a cualquier otro matrimonio que haya tenido acceso al Registro Civil. Por lo que, cuando la Administración introduce un elemento generador de una desigualdad artificiosa y tal elemento se confirma por el órgano judicial, impidiendo, con ello, que la norma jurídica sea aplicada, introduciendo, así, una desigualdad no justificada contraria al artículo 14 CE procede, en consecuencia, otorgar el amparo solicitado.

En atención a todo lo expuesto, el Tribunal Constitucional, por la autoridad que le confiere La Constitución de la Nación Española, ha decidido estimar el amparo interpuesto por D. Pedro y, en consecuencia:

1.º Declarar vulnerado el derecho del demandante de amparo a un trato igual consagrado en el artículo 14 CE.

2.º Restablecerlo en su derecho y, a tal fin, anular el Acuerdo de la Dirección General de Costes de Personal y Pensiones Públicas de 1 de septiembre de 1999, la Resolución del Tribunal Económico-Administrativo Central de 6 de abril de 2000, así como la Sentencia de la Sala de lo Contencioso-Administrativo de la Audiencia Nacional, de 11 de marzo de 2002, que desestimó el recurso contencioso-administrativo interpuesto contra aquéllos, retrotrayendo las actuaciones al momento inmediatamente anterior a dictar la primera resolución administrativa impugnada a fin de que se dicte una nueva respetuosa con el derecho fundamental vulnerado.

Procedencia de que continúe la ejecución de una sentencia en la que, en cumplimiento del pacto contenido en una escritura de capitulaciones matrimoniales se establecía una pensión a favor de la esposa, aun cuando con anterioridad a dictarse ésta se decretase el divorcio en otra sentencia en la que no se efectuó pronunciamiento alguno respecto a cuestiones económicas, a pesar de que en el mismo se hicieron peticiones en tal sentido.

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL, SALA 2.ª, SENTENCIA 223/2004, DE 29 DE NOVIEMBRE

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ D.ª María y D. Manuel procedieron a otorgar en fecha 28 de febrero de 1990 capitulaciones matrimoniales, pactando, en lo que aquí concierne, que el esposo abonaría una pensión mensual por un importe de 125.000 pesetas como consecuencia de la separación de hecho por ambos consentida.
- ⊙ El 7 de noviembre de 1997 la Sra. María interpuso una demanda de menor cuantía contra su marido de la que conoció el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Pontevedra. En ella reclamaba, entre otras cuestiones, que el marido debía abonarle la cantidad «de 154.381 pesetas mensuales debiendo revalorizarse dicha pensión en marzo de 1998 de acuerdo con lo establecido en el contrato de capitulaciones realizado por las partes», más «la cantidad de 1.098.0000 pesetas en concepto de atrasos».
- ⊙ Al contestar la demanda, el Sr. Manuel, además de oponerse a la misma, formuló demanda reconvenzional por la que solicitaba la desestimación parcial de la demanda en lo que se refiere al abono por su parte de los atrasos solicitados, y que se declarara «la obligación del reconviniente de abonar

a la actora en concepto de pensión compensatoria la cantidad de 60.000 pesetas mensuales debiendo revalorizarse bianualmente con arreglo al incremento que experimente el IPC».

⊙ Mientras se tramitaba este juicio de menor cuantía, el Sr. Manuel promovió contra la demandante de amparo juicio contencioso de divorcio, cuyo conocimiento correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Pontevedra, en el que, además de la disolución por divorcio del vínculo matrimonial, solicitaba que se estableciese a favor de su mujer una pensión compensatoria de sesenta mil pesetas mensuales, es decir, la misma cantidad ofrecida en el antes citado juicio de menor cuantía. La recurrente se opuso a la demanda de divorcio alegando la excepción de litispendencia porque la mencionada pensión estaba siendo objeto del proceso de menor cuantía antes citado. Subsidiariamente solicitaba que la pensión que se estableciese fuera de cuantía semejante a la pactada con el esposo.

⊙ El 3 de diciembre de 1998, esto es, antes de que se hubiera resuelto el juicio de menor cuantía, recayó Sentencia en el proceso matrimonial acordando la disolución del matrimonio por divorcio y desestimando «las demás pretensiones», es decir, la pensión compensatoria solicitada por el marido demandante y la excepción de litispendencia opuesta por la esposa demandada, por cuanto, habiéndose tramitado el proceso conforme a las normas contenidas en la Disposición Adicional Cuarta de la Ley 30/1981, de 6 de julio, no era posible modificar las previsiones contenidas en el negocio jurídico celebrado entre los cónyuges cuando decidieron separarse de hecho, pues ello «implicaría a través de un procedimiento inadecuado, modificar las capitulaciones matrimoniales otorgadas». Esta Sentencia fue consentida por las partes, deviniendo firme el 17 de diciembre de 1998, y aportada por el Sr. Manuel mediante testimonio, al referido proceso de menor cuantía cuando ya había ganado firmeza.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pontevedra dictó Sentencia el 6 de febrero de 1999 por la que estimaba parcialmente la demanda de menor cuantía y condenaba al marido (para aquél entonces «ex marido») a pagar «en virtud de lo pactado en la estipulación segunda de la escritura de fecha 28 de febrero de 1990, la cantidad de 154.381 pesetas mensuales, desde la correspondiente al mes de diciembre de 1997». La reconvenición formulada por el demandado fue desestimada por entender que, ejercitándose una acción personal para el cumplimiento de una deuda derivada de un negocio jurídico celebrado entre los cónyuges, era improcedente plantear el pago de pensiones compensatorias con fundamento en los preceptos reguladores de los procesos matrimoniales totalmente ajenos a la litis.

⊙ La demandante de amparo instó la ejecución forzosa de esta Sentencia ante el incumplimiento de la misma por parte del demandado condenado. El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Pontevedra dictó Auto de 3 de julio de 2001 por el que despachaba la ejecución por las siguientes cantidades: «4.322.668 más 301.512 pesetas de intereses vencidos y 500.000 que se calculan provisionalmente para gastos e intereses» y ordenaba el embargo de los bienes en cantidad suficiente para cubrir las responsabilidades reclamadas. El Sr. Manuel se opuso a la ejecución mediante escrito de 11 de julio de 2001, en el que aducía haber cumplido con la Sentencia firme de condena, pues había pagado las cantidades judicialmente reconocidas desde diciembre de 1997 hasta el mes de febrero de 1999, «fecha en que adquirió firmeza la Sentencia de divorcio y por tanto dejó de tener vigencia el vínculo matrimonial, por lo tanto con la entrega de la referida cantidad (que consignó en la cuenta del Juzgado de la ejecución) esta parte entiende que se ha dado total y absoluto cumplimiento a la Sentencia y se ha ejecutado la misma en sus propios términos sin que haya lugar a reclamar mensualidad alguna posterior a la citada fecha».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. 1 de Pontevedra desestimó totalmente la oposición, con condena en costas al ejecutado, mediante Auto de fecha 18 de septiembre de 2001.

- ⊙ D. Manuel interpuso recurso de apelación, en el que reiteraba los argumentos que había incluido en su escrito de oposición a la ejecución, destacando la idea de que, al recaer y adquirir firmeza la Sentencia de divorcio, había quedado vacío de contenido el contrato de capitulaciones matrimoniales y las cláusulas en él contenidas, que habían de entenderse sustituidas «por la ausencia de medidas adoptadas en dicha Sentencia», por lo que parecía claro que el día de la finalización de la obligación que se pretendía ejecutar sería el de la Sentencia de divorcio de 17 de diciembre de 1998.
- ⊙ D.^a María impugnó el recurso de apelación alegando, en sustancia, que el pacto contenido en las capitulaciones matrimoniales sobre contribución al sostenimiento del sufragio familiar tenía total autonomía respecto del proceso matrimonial y de las pretensiones económicas que en el mismo pudieran haberse comprendido, por lo que no podía mantenerse eficacia alguna de la Sentencia recaída en el proceso matrimonial sobre la dictada en el proceso para hacer cumplir las capitulaciones matrimoniales, a cuya ejecución tenía pleno derecho.
- ⊙ La Sección Tercera de la AP de Pontevedra estimó el recurso de apelación por medio de Auto de fecha 27 de mayo de 2002. En esta resolución se acordó la improcedencia de seguir adelante con la ejecución, dejando la misma sin efecto y mandando alzar las medidas de aseguramiento acordadas e imponiendo a la ejecutante (la demandante de amparo) las costas de la oposición.
- ⊙ Finalmente el Juzgado de Primera Instancia de Pontevedra, mediante Auto de 28 de junio de 2002, dejó sin efecto la ejecución despachada y el 4 de octubre de 2002 canceló el aval prestado para la ejecución de la Sentencia.
- ⊙ D.^a María interpuso recurso de amparo que fue estimado por el Tribunal Constitucional quien declaró la nulidad del auto dictado por la Audiencia Provincial, así como las resoluciones dictadas en el proceso de ejecución, debiendo seguir en consecuencia dicha ejecución en la forma en que se venía practicando antes de resolverse el recurso de apelación contra la desestimación de la oposición.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

A) Razonamiento jurídico del auto del juzgado para desestimar la oposición formulada por D. Manuel.

En el Fundamento jurídico tercero del auto del juzgado se indica que la sentencia que se pretende ejecutar declara la obligación de D. Manuel a abonar a D.^a María la cantidad actualizada de 154.381 pesetas mensuales, en virtud de lo pactado por ambos en el Convenio integrado en la escritura de capitulaciones matrimoniales otorgada el 28 de febrero de 1990.

La sentencia de divorcio de las partes, dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de esta ciudad, aportada por testimonio por el demandado con su escrito, se refiere en su fundamento jurídico segundo a «la peticionada modificación de la escritura de capitulaciones de fecha 28 de febrero de 1990, en lo relativo al convenio por el cual el demandante se obligó a entregar a la esposa una cantidad mensual como contribución al sufragio del sostenimiento familiar» indicando al respecto

que no «pueden modificarse sus cláusulas, porque ello implicaría a través de un procedimiento inadecuado, modificar las capitulaciones matrimoniales otorgadas», (*sic*), sentencia que no fue recurrida, según los documentos presentados.

Por ello, y porque en ejecución de una sentencia que, conforme a las solicitudes formuladas por las partes, dispone sobre el cumplimiento de lo acordado en un contrato, no cabe resolver sobre la extinción por ineficacia sobrevenida del mismo contrato, como parece pretender el ejecutado.

B) Razonamiento del auto de la AP Provincial para dejar sin efecto la pensión fijada en capitulaciones matrimoniales.

En el fundamento jurídico tercero se indica que: «pretensiones similares de obligaciones económicas se plantean en uno y otro juicio, de modo que ambos tienen efectos sobre lo que ahora ha de resolverse. La sentencia del juicio de divorcio estima la demanda para declarar la disolución del matrimonio, y además desestima el resto de las pretensiones,

en particular la obligación del esposo de entregar a la esposa en concepto de pensión compensatoria la cantidad de 60.000 pesetas mensuales. Ésta era una de las pretensiones del esposo, con la que por primera vez se habla de pensión compensatoria. En el planteamiento del esposo-demandante sustituiría a la contribución acordada en las Capitulaciones, mientras que la esposa instaba el mantenimiento de la misma contribución, alegando incluso litispendencia, y sólo subsidiariamente pedía una pensión compensatoria en igual cantidad. Vuelve a reconocerse la posibilidad de pensión compensatoria.

Por consiguiente ambas partes parecen distinguir entre la contribución a las cargas del matrimonio y la pensión compensatoria, pero olvidan una esencial y decisiva diferencia en su naturaleza, pues mientras la primera se relaciona con el régimen de separación de bienes del matrimonio, es decir, durante su existencia, por el contrario la pensión compensatoria sólo se constituiría como uno de los efectos de su disolución, es decir, cuando ésta se produce. Y en este sentido ha de concluirse que la sentencia de divorcio nunca modificaría las capitulaciones matrimoniales sino que en su caso establecería una medida también de contenido económico, pero de distinta naturaleza.

Del mismo modo puede afirmarse que cada uno de estos juicios tiene su propio ámbito. El declarativo resuelve sobre las relaciones de los cónyuges durante el matrimonio, mientras que el de divorcio decide sobre efectos posteriores a la disolución».

En el fundamento jurídico cuarto se indica: «La conclusión en este caso es que la sentencia de divorcio ha determinado la disolución del matrimonio conforme al artículo 89 CC y a la vez la disolución del régimen económico matrimonial como impone el artículo 95 CC, lo que conjuntamente conlleva la extinción de todos los vínculos personales y patrimoniales relativos al matrimonio. Más concretamente y en lo que ahora interesa supuso también la extinción de aquellas Capitulaciones matrimoniales con el régimen y acuerdos que incluían, ya que sólo mantenían su vigencia en tanto que no se había disuelto el vínculo matrimonial. Con independencia de que la sentencia de divorcio no se haya pronunciado en este sentido ni tampoco lo haya considerado procedente el Juez *a quo*, se entiende que la disolución del matrimonio sí ha extinguido la obligación que se ejecuta desde la firmeza de la sentencia de divorcio, y por tanto ha de prosperar la tesis del apelante.»

C) Razonamientos jurídicos del recurso de amparo.

La recurrente alega en su demanda la vulneración del artículo 24.1 CE por no haber obtenido una respuesta sobre el fondo de la pretensión

planteada, ya que ni esa resolución ni la Sentencia de divorcio habían resuelto su petición de condena a obtener una pensión compensatoria, aun cuando esta denuncia no la lleva al suplico de la demanda, sino que la destaca en los hechos tercero y quinto y en el fundamento jurídico quinto del citado escrito. En su lugar el Auto impugnado —sigue diciendo— ha utilizado la Sentencia de divorcio precisamente para dejar sin efecto la resolución dictada en el juicio de menor cuantía que acordaba el pago de dicha pensión. También invoca la vulneración del artículo 24.1 CE desde la perspectiva del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, ya que, se insiste, pese a que la Sentencia dictada en el proceso matrimonial no se pronunciaba sobre el pago de la pensión, se utilizó como fundamento para dejar sin efecto dicho pago acordado en la Sentencia firme dictada en el juicio de menor cuantía que estaba en trámite de ejecución forzosa.

D) Alegaciones de D. Manuel ante el recurso de amparo interpuesto por D.^a María.

Considera que el Auto dictado por la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Pontevedra en fecha 27 de mayo de 2002 dio una respuesta ajustada a Derecho respecto de la cuestión de fondo planteada por la recurrente. Así el mencionado Auto diferencia entre contribución a las cargas de matrimonio y la pensión compensatoria, señalando que, de acuerdo con lo estipulado en el convenio de capitulaciones matrimoniales concluido entre las partes, la suma de 125.000 pesetas mensuales que D. José debía abonar a D.^a Josefa lo era en concepto de ayuda económica como contribución al sufragio del sostenimiento familiar y no como pensión por desequilibrio económico ni pensión alimenticia. Dicho de otra manera, la obligación asumida por el Sr. Manuel representaba una contribución a las cargas del matrimonio mientras durase la separación de hecho, pero una vez disuelto el matrimonio por el divorcio se extinguen las cargas del matrimonio y, por tanto, también la obligación mencionada. Por ello considera que el Auto impugnado ha respetado el artículo 24 CE y, consiguientemente, que la demanda ha de ser desestimada.

Por lo que se refiere a la cuestión relativa a la ejecución de la Sentencia, D. Manuel expone en sus alegaciones que la interpretación según la cual la Sentencia del proceso declarativo no es ejecutable por la existencia de otra Sentencia que no entra en el fondo del asunto es una interpretación subjetiva, interesada y forzada. La declaración de no seguir adelante la ejecución deriva del hecho de que la Sentencia de divorcio tuvo como efecto principal la disolución del matrimonio y del régimen económico matrimonial, lo que conjuntamente conlleva la extinción de todos los vínculos personales y patrimoniales relativos al matrimonio

(artículos 89 y 95 CC) y, por lo tanto, de las capitulaciones matrimoniales con el régimen y acuerdos que incluían, ya que sólo mantenían su vigencia en tanto no se había disuelto el matrimonio.

Finalmente, en relación con el argumento según el cual la Sentencia de divorcio no accedió a determinar la procedencia o improcedencia de fijar una pensión compensatoria, se alega la extemporaneidad de la queja habida cuenta de que se formula una vez concluido el plazo de 20 días que regula el artículo 44.2 LOTC y sin haber agotado la vía judicial ordinaria al no haberse interpuesto recurso de apelación ante la Audiencia Provincial y al no haberse denunciado previamente la violación del pretendido derecho [artículo 50.1.a) y c) LOTC en relación con artículo 44 LOTC].

E) Informe del Ministerio Fiscal.

El Ministerio Fiscal presentó, con fecha de registro de 5 de diciembre de 2003, su escrito de alegaciones, en el que interesa la estimación del presente recurso de amparo. Considera, en primer lugar, que, a pesar de que la recurrente no ha acreditado cuál fue la pretensión planteada ante el órgano judicial que dictó la resolución recurrida, ésta es susceptible de identificarse, pudiendo afirmarse que tal pretensión consistía en que se desestimara la pretensión impugnatoria de la parte apelante. Así las cosas, el Fiscal considera que no puede afirmarse que el Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra resulte vulnerador del derecho a la tutela judicial efectiva de la demandante, ya que los órganos judiciales, al estimar la pretensión impugnatoria planteada por la parte apelante y dejar sin efecto la ejecución de la Sentencia, resolvieron el fondo de la pretensión.

Por otra parte, entiende que la resolución recurrida carece de la consistencia suficiente como para impedir que se perciba carente de motivación y razonabilidad. Es ilógico, en efecto, que cuando se plantea la ejecución de una Sentencia que hace efectivo un acuerdo concluido entre los esposos con vistas a su separación posterior, dicho acuerdo se declare extinguido por la Sentencia de divorcio, tanto por tratarse de Sentencias dictadas en procesos que no guardan conexión alguna, como porque la Sentencia de divorcio no contiene pronunciamiento alguno que permita fundamentar la extinción de las obligaciones contraídas en el acuerdo regulador de las relaciones patrimoniales de quienes en su día estuvieron unidos en matrimonio. Tras concluir que, al dejar sin efecto el acuerdo referido, como hace la resolución recurrida en virtud de la Sentencia de divorcio, se vulnera el artículo 24.1 CE, el Ministerio Fiscal añade que la demanda de amparo no contempla una tal argumentación, recordando sin embargo la flexibilidad con la que

este Tribunal enjuicia las vulneraciones de derechos fundamentales.

Por fin, el Ministerio público se centra en el examen de otra alegación formulada en la demanda de amparo, la relativa a la vulneración del artículo 24.1 CE desde la perspectiva del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales. Lo cierto es que, conforme al mencionado artículo, aun reconociendo que compete a los órganos del Poder Judicial determinar el alcance de las resoluciones que ejecutan, corresponde al Tribunal Constitucional velar por que las resoluciones de ejecución no se aparten de manera irrazonable, arbitraria o incongruente de las resoluciones que ejecutan. Esta circunstancia no se cumple en el presente caso, en el que, para determinar el alcance de la Sentencia que se estaba ejecutando, se utilizó la dictada en otro proceso, el proceso matrimonial, que omite pronunciarse sobre la pensión compensatoria porque precisamente existía ese convenio que ahora se pretende dejar sin efecto, pese a que su cumplimiento fue ordenado en la Sentencia en trance de ejecución.

F) Razonamiento del Tribunal Constitucional para estimar el recurso.

1. La cuestión esencial que en este recurso de amparo se plantea queda centrada en determinar si, sustanciado un juicio de menor cuantía para hacer efectivo un convenio suscrito en el marco de unas capitulaciones matrimoniales entre los cónyuges —D.^a María y D. Manuel— con base en su separación de hecho y con vista a la futura separación legal que de común acuerdo habían de instar, y tramitado, asimismo, y con posterioridad, un proceso de divorcio terminado por Sentencia firme estimatoria, que no dio lugar, sin embargo, al señalamiento de la pensión compensatoria que la esposa había solicitado al marido, ni acogió la excepción de litispendencia invocada por la mujer en relación al expresado procedimiento de menor cuantía, ni la pretensión subsidiaria de la misma de reconocimiento de una pensión de iguales cuantía y condiciones de revalorización que las pactadas en el convenio, un Auto de la Audiencia Provincial de Pontevedra, estimatorio del recurso de apelación interpuesto por el esposo contra otro Auto del Juzgado que conoció del juicio de menor cuantía y que había denegado la oposición a la ejecución y confirmado, por tanto, la procedencia de proseguir la ejecución decretada en la Sentencia recaída en dicho proceso, vulnera el artículo 24.1 CE al haber declarado la improcedencia de que la ejecución estimada por el Juzgado siguiera adelante (con fundamento en que había recaído Sentencia de divorcio, pese a que ésta no había resuelto acerca del régimen de pensiones, precisamente porque existía el convenio a que al principio se ha hecho mención) y, consecuentemente, ha desconocido el derecho a la ejecución de

las Sentencias, que forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva reconocido en el antes citado precepto constitucional.

2. Fácilmente puede comprenderse que el resultado de la interferencia de los dos procesos acabados de mencionar, que el Auto de la Audiencia aquí cuestionado acepta como punto de partida, ha conducido a la realidad de que la ahora recurrente, que tenía reconocida por Sentencia firme una pensión o contribución (el *nomen iuris* es indiferente) derivada de un convenio incluido en unas capitulaciones matrimoniales otorgadas en situación matrimonial de separación de hecho y con vistas a una separación legal por acuerdo mutuo que nunca llegó a materializarse, se ha visto privada de pensión o contribución alguna por causa de una Sentencia de divorcio que no había adoptado pronunciamiento ninguno en relación a las medidas que hubieran de sustituir, en cuanto ahora importa, a las ya adoptadas con anterioridad, precisamente por la existencia del convenio incluido en las capitulaciones matrimoniales a que ha quedado hecha indicación, cuya autonomía respecto del proceso de divorcio explícitamente reconocía, y todo ello pese a que esa situación, cuya corrección jurídica no corresponde examinar a este Tribunal, había sido aceptada por ambas partes al consentir la Sentencia de divorcio que, como ya se dijo, había desestimado las pretensiones de señalamiento de pensión compensatoria, que los dos cónyuges –incluida la esposa, aunque ésta en forma subsidiaria– dedujeron en sus respectivas demanda de divorcio y oposición parcial a la misma.

3. Previamente al examen de la infracción constitucional denunciada en la demanda, corresponde examinar los óbices de inadmisibilidad aducidos por el Sr. Manuel en su escrito de oposición al recurso.

Se refieren dichos óbices a la extemporaneidad del recurso por el transcurso del plazo de veinte días a que se refiere el artículo 44.2 LOTC desde que se dictó la Sentencia de divorcio, que devino firme por no haberse interpuesto en su contra recurso de apelación, es decir –siempre en criterio del oponente–, por no haberse agotado todos los recursos útiles en la vía judicial previa conforme exige el artículo 44.1.a) de la expresada Ley y, también, a la falta de invocación del derecho constitucional vulnerado en la referida vía judicial previa, según exige el artículo 44.1.c) LOTC.

Para rechazarlos basta con tener en cuenta, en primer lugar, que mientras la demanda de amparo tiene por objeto el Auto de la Audiencia de Pontevedra, tantas veces citado, de 27 de mayo de 2002, y no la Sentencia declarativa de divorcio de 3 de diciembre de 1998, las alegaciones de inadmi-

sibilidad antes citadas aparecen referidas a esta última; y, en segundo término, que la vulneración del derecho fundamental fue puesta de relieve tras la paralización de la ejecución de la Sentencia que reconoció la efectividad de la pensión compensatoria pactada en su día por los esposos, paralización que significó el tan repetido Auto de la Audiencia, sin perjuicio de que ya en la propia impugnación del recurso de apelación que resolvió el Auto acabado de citar se destacó que la pretensión de la esposa se refería a su derecho a obtener la ejecución de la Sentencia validadora de su pensión –que no es preciso insistir, forma parte del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva–, dada la autonomía del proceso en que ésta se dedujo respecto del declarativo del divorcio, que se vería desconocido de acogerse –como al final ocurrió– la pretensión opositora del ex marido.

En consecuencia, residenciándose en el Auto de 27 de mayo de 2002 la infracción constitucional alegada por la recurrente, y habiéndose invocado en la demanda de amparo la vulneración del artículo 24.1 CE desde la perspectiva del derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales, como después se verá con mayor extensión, los óbices procesales formulados por el Sr. Manuel deben ser desestimados.

4. Concretado así el objeto de este recurso y las circunstancias concurrentes en el pronunciamiento contenido en el Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Pontevedra de 27 de mayo de 2002, que es el impugnado, y siguiendo el orden de vulneraciones expuesto por la recurrente, es necesario analizar si se ha producido la infracción denunciada por aquélla de su derecho a la efectividad de la tutela judicial desde una doble perspectiva, según se deduce de sus alegaciones en amparo, a saber: en primer término, por no haber obtenido una respuesta sobre el fondo de la pretensión planteada, ya que, a pesar de que la Sentencia dictada en el proceso matrimonial no había resuelto sobre su petición de pensión compensatoria, esta misma resolución fue utilizada en el Auto recurrido para dejarla sin efecto a partir de la firmeza de la Sentencia de divorcio, esto es, para estimar procedente que la ejecución de la Sentencia que reconocía la efectividad de la pensión no siguiera adelante; y, en segundo lugar, porque, precisamente por esta circunstancia –es decir, porque se había cortado el efecto de una Sentencia firme dictada en juicio de menor cuantía, que le era favorable, por razón de una Sentencia de divorcio, de fecha anterior, que no abordó la cuestión litigiosa– se había desconocido su derecho a la ejecución de los fallos judiciales en sus propios términos, que, conforme al principio se destacó, forma parte del derecho fundamental aquí concernido. Ha de advertirse que, si bien la

primera perspectiva no resulta de los términos literales en que aparece redactado el suplico de la demanda de amparo, que expresamente se refiere sólo a la vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva y a la prosecución de la ejecución de la Sentencia que reconoció la efectividad de la pensión, es lo cierto que aparece formulada, e incluso destacada, en la relación de hechos –tercero y quinto– y en el fundamento jurídico tercero del escrito de interposición. Además su examen particularizado resulta en todo caso obligado tan pronto se tenga en cuenta, como acaba de verse en el fundamento que precede, que uno de los óbices de admisibilidad opuestos por el Sr. Manuel al recurso de amparo –de necesaria contestación– fue el de la falta de agotamiento de los recursos utilizables en la vía judicial previa [artículo 50.1.a) LOTC], por cuanto en su criterio la pretensión de la Sra. María resultaba inviable después que consintió la Sentencia de divorcio.

5. Desde la primera de las perspectivas antes destacadas (recuérdese, entender vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva de la recurrente por no haber obtenido una respuesta sobre su pretensión de reconocimiento de su derecho a la pensión compensatoria), la imposibilidad de su acogimiento deriva de un doble orden de argumentos: en primer lugar, de que tanto el Juez del divorcio, como la Audiencia de Pontevedra, ésta en su impugnado Auto de 27 de mayo de 2002, resolvieron sobre la indicada pretensión –se estuviera o no conforme con su apreciación–, bien para interpretar que carecía de competencia objetiva para modificar un pacto independiente de los convenios reguladores de la separación o divorcio a que se refiere el artículo 90 CC (criterio del Juez del divorcio), bien para concluir que, precisamente por la incidencia de la Sentencia de divorcio en la ejecución de la recaída en el juicio de menor cuantía y por la extinción que aquélla hubo de significar de todos los vínculos personales y patrimoniales relativos al matrimonio, había que entender que la obligación de pago del marido a la esposa convenida en capitulaciones matrimoniales quedó extinguida cuando la tan repetida Sentencia de divorcio ganó firmeza y que, en consecuencia, la ejecución de la Sentencia recaída en el proceso de menor cuantía quedó consumada con las entregas realizadas por el marido hasta la fecha de la firmeza de la Sentencia de divorcio a que antes quedó hecha referencia; y, en segundo término, de que si se pudiera estimar –que, por lo expuesto, no se puede– que esa pretensión no había recibido respuesta en ninguna de las resoluciones a que acaba de hacerse indicación –en cuanto aquí interesa, en el tan repetido Auto de la Audiencia, que conviene no olvidar que es el único impugnado en este

recurso–, habría que entender que la demanda de amparo fue extemporánea por falta de agotamiento de los recursos utilizables en la vía judicial [artículo 50.1.a) en relación con el 44.1.a) y 44.2 LOTC], pero no, como dice el Sr. Manuel, por haberse dejado firme la Sentencia de divorcio –que no es la aquí impugnada– sino, como con todo acierto alega el Ministerio Fiscal, porque significaría tanto como imputar a la resolución cuestionada un reproche de incongruencia omisiva, con la consecuencia de que, entonces, hubiera sido necesaria, para consumir la vía judicial previa, la interposición del incidente de nulidad de actuaciones, de acuerdo con reiterada doctrina de este Tribunal (por todas, STC 39/2003, de 27 de febrero, FJ 3).

6. Distinta ha de ser la conclusión en punto a la segunda de las perspectivas desde que la recurrente aborda su denuncia de haberse desconocido en el Auto impugnado su derecho a la tutela judicial efectiva, es decir, desde su derecho a obtener la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, en este caso el de obtener la ejecución total de la Sentencia dictada en juicio de menor cuantía por el Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pontevedra en 6 de febrero de 1999, que había reconocido su derecho a obtener de su ex esposo una pensión actualizada de 154.381 pesetas, y que habría quedado desconocido por el Auto de la Audiencia de 27 de mayo de 2002 al decretar la improcedencia de que la ejecución despachada por el Juzgado siguiera adelante y, consiguientemente, al validar el criterio de que aquella Sentencia había quedado ejecutada con las entregas realizadas por el Sr. Manuel a su ex esposa hasta la fecha de firmeza de la Sentencia de divorcio.

En efecto. Ha de reconocerse aquí la consolidada doctrina de este Tribunal, desde su STC 32/1982, de 7 de junio (FJ 2), conforme a la cual el derecho a la ejecución de las resoluciones judiciales firmes, en cuanto parte del contenido del derecho a la tutela judicial efectiva, constituye la garantía de que el fallo se cumpla, impidiendo que las Sentencias y los derechos en ellas reconocidos se conviertan en meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna (entre otras, SSTC 144/2000, de 29 de mayo, FJ 6; 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4; 3/2002, de 14 de enero, FJ 4; 140/2003, de 14 de julio, FJ 6).

De otra parte debe también puntualizarse que estas exigencias, derivadas del artículo 24.1 CE, resultan plenamente compatibles con las atribuciones, también conferidas constitucionalmente a los Tribunales ordinarios, en orden a velar por aquel cumplimiento, de forma que, como igualmente ha recordado la doctrina constitucional, a ellos corresponde la interpretación de los términos del fallo y la del alcance que quepa atribuir a la cosa juzgada, así como la decisión de si aquél ha sido ejecutado

o no correctamente y la de las medidas oportunas para asegurarlo, apreciaciones todas ellas que únicamente resultan revisables en sede constitucional cuando han incurrido en arbitrariedad, carecen de razonabilidad o evidencian la dejación por parte del órgano judicial de su obligación de hacer ejecutar lo juzgado (SSTC 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4; y 3/2002, de 14 de enero, FJ 4). De ahí que sólo en los casos en los que estas resoluciones sean incongruentes, arbitrarias, irrazonables o incurran en error patente [SSTC 87/1996, de 21 de mayo, FJ 5; 163/1998, de 14 de julio, FJ 2.b); 202/1998, de 14 de octubre, FJ 2; 240/1998, de 15 de diciembre, FJ 2; 106/1999, de 14 de junio, FJ 3] podrán considerarse lesivas del derecho que consagra el artículo 24.1 CE (SSTC 322/1994, de 25 de noviembre, FJ 3; 77/1996, de 20 de mayo, FJ 2; 202/1998, de 18 de noviembre, FJ 4, y 3/2002, de 14 de enero, FJ 4).

Pero este control es sólo de tipo negativo y se ciñe al examen de la razonabilidad de la interpretación que los titulares de la potestad de ejecución realicen del fallo en el marco de la legalidad ordinaria. Se trata, por consiguiente, de garantizar que, en aras precisamente del derecho a la tutela judicial efectiva, los Jueces y Tribunales no lleven a cabo interpretaciones de los fallos que, por alterarlos o apartarse de ellos, incurran en arbitrariedad, incongruencia, irrazonabilidad o error. El canon constitucional de fiscalización del ajuste de la actividad jurisdiccional de ejecución al fallo se compone pues, naturalmente, del fallo mismo (interpretado de acuerdo con la fundamentación y con el resto de los extremos del pleito) e igualmente de lo posteriormente resuelto para ejecutarlo, examinando si hubo o no un apartamiento irrazonable, arbitrario o erróneo en relación con el significado y con el alcance de los pronunciamientos de la parte dispositiva de la resolución que se ejecuta (STC 83/2001, de 26 de marzo, FJ 4).

Por consiguiente se ha de partir de los pronunciamientos de la Sentencia y del Auto desestimatorio de la oposición a la ejecución despachada en 3 de julio de 2001, respectivamente de 6 de febrero de 1999 y 18 de septiembre de 2001, de los que trae causa el Auto aquí impugnado de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Pontevedra, de 27 de mayo de 2002, para determinar si éste cumple los cánones de enjuiciamiento acabados de exponer. Al respecto la Sentencia de 6 de febrero de 1999 condenó a quien ya era ex esposo de la recurrente, como ya se ha dicho, a pagar a su ex mujer la ayuda mensual de 154.381 pesetas importe actualizado de la suma convenida en las capitulaciones matrimoniales. Por su parte el Auto del Juzgado de 18 de septiembre de 2001 desestimó la oposición formulada a la ejecución, conviene recordar que con fundamento en que la Sentencia

de divorcio había considerado que en un proceso de tal naturaleza no podían modificarse las capitulaciones ni el convenio en que se reconocía una obligación de entrega por el marido a la esposa de una cantidad mensual –por ser un procedimiento inadecuado para ello– y en que en ejecución de la Sentencia que dispuso sobre el cumplimiento de lo acordado en un contrato de conformidad con las solicitudes formuladas por las partes, no cabía resolver sobre la extinción por ineficacia sobrevenida de ese mismo contrato, como parecía pretender el ejecutado.

En tales condiciones si la Sentencia de divorcio, como antes se puso de relieve, se abstuvo de pronunciarse sobre las pretensiones económicas deducidas por las partes (señalamiento de pensión de 60.000 pesetas mensuales en la del esposo y de la misma cuantía y condiciones que las estipuladas en las capitulaciones matrimoniales en la de la esposa) por las razones antes apuntadas, y esa Sentencia fue dejada firme por voluntad de ambos cónyuges –lo que equivale a ratificar esa posición cualquiera que fuera su corrección jurídica– es ilógico, como observa el Ministerio Fiscal, que cuando se planteó la ejecución de la Sentencia que hizo efectivo el acuerdo comprendido en dichas capitulaciones, se declarase extinguida la obligación contraída en las mismas, precisamente por la interferencia de tal Sentencia de divorcio, para dar lugar al insólito resultado a que se hace referencia en el último párrafo del fundamento jurídico segundo de la presente Sentencia.

Téngase en cuenta que en el proceso de divorcio ambos cónyuges dedujeron pretensiones de señalamiento de pensión aunque en cuantía diferente y aunque la de la esposa se hiciera con carácter subsidiario de su pretensión principal de estimación de litispendencia. El Sr. Manuel era consciente de la procedencia de esa pensión aunque discutiera su cuantía, en último término porque, según el artículo 91 CC (y hoy el artículo 774.4 de la Ley de enjuiciamiento civil), en las Sentencias de divorcio, en cuanto aquí interesa, en defecto de acuerdo de los cónyuges o en caso de no aprobación del mismo –que fue lo en realidad ocurrido en el caso aquí contemplado, habida cuenta la diferente naturaleza del convenio a que se refieren esos preceptos y del pacto en las capitulaciones matrimoniales a que se refiere este recurso–, el Juez determinará «las medidas que hayan de sustituir a las ya adoptadas con anterioridad ... en relación a las cargas del matrimonio». Si en la Sentencia de divorcio el Juez no se pronunció sobre tales medidas, y no puede aceptarse la contradicción que supondría entender que se había operado una sustitución de las cláusulas pactadas en el contrato conyugal por la ausencia de medidas en la referida Sentencia, el

acatamiento de las partes a este pronunciamiento –vuelve a insistirse, cualquiera que hubiera sido su corrección jurídica– otorgó nueva virtualidad y completa autonomía, en relación con el proceso matrimonial, al convenio comprendido en los capítulos matrimoniales.

7. Al ser así resulta claro que el Auto aquí cuestionado, que en definitiva se basó en que la Sentencia de divorcio habría interferido en el juicio de menor cuantía hasta el punto de haber determinado, no sólo la disolución del matrimonio, sino la del régimen económico-matrimonial, la de las capitulaciones matrimoniales y acuerdos en ellas comprendidos, incluida la pensión reconocida por el marido a su esposa, y todo ello de acuerdo con la Sentencia dictada en el último de los procesos mencionados a partir de la firmeza de la recaída en el proceso matrimonial (FJ 2, penúltimo párrafo, de la presente), se separó del canon de razonabilidad antes destacado al interpretar el alcance de la Sentencia de divorcio en relación con la situación admitida por los dos ex esposos y, con ello, desconoció el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de la recurrente (artículo 24.1 CE) en su vertiente del derecho a obtener la ejecución de la Sentencia firme de 6 de febrero de 1999, que

no se olvide fue dictada con conocimiento de la recaída en el proceso matrimonial y con manifiesta vocación de permanencia respecto de sus estrictos pronunciamientos.

Por todo ello debe otorgarse el amparo solicitado y en su virtud:

1.º Declarar que se ha vulnerado el derecho de la recurrente a la tutela judicial efectiva en autos de ejecución de títulos judiciales núm. 234-2001 del Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Pontevedra.

2.º Restablecerla en su derecho y, a tal fin, declarar la nulidad del Auto de la Sección Tercera de la Audiencia Provincial de Pontevedra dictado en fecha 27 de mayo de 2002 en el rollo de apelación 1046-2001, así como la de las resoluciones judiciales dictadas por el Juzgado de Primera Instancia en el proceso de ejecución de títulos judiciales núm. 234-2001 que acordaban, como consecuencia del Auto de la Audiencia Provincial que anula, que se dejara sin efecto la ejecución de la Sentencia dictada en el proceso de menor cuantía 329/1997, cuya ejecución debe proseguir en la forma en la que se venía practicando antes de resolverse el recurso de apelación contra la desestimación de la oposición.

FILIACIÓN

Ineficacia del reconocimiento de paternidad efectuado en un acta de manifestación notarial al carecer de la cualidad de escritura pública, además de que ya constaba una filiación paterna anterior. No obstante procede conceder relevancia al contenido indubitado de dicha acta a los fines de que sirva de prueba al interesado en un posterior procedimiento de reclamación de paternidad.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña María Virtudes interpuso demanda de menor cuantía contra don Eusebio en la que solicitaba que se dictara sentencia por la que, estimando la demanda, declare: 1.º) Nulo de pleno derecho y sin valor ni efecto alguno el instrumento público autorizado por el Notario de Sevilla don Ramón González de Echavarri y Armendia el día 26 de julio de 1990, núm. 2121 de su protocolo. 2.º) Nulo el reconocimiento de paternidad en el anterior efectuado. 3.º) Inexistente la filiación no matrimonial pretendida acreditar con el reconocimiento que antecede. Y, condene al demandado a estar y pasar por ello y al pago de las costas del juicio.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda la representación procesal del demandado contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando sentencia desestimatoria.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 20 de Sevilla dictó Sentencia el 24 de febrero de 1997 estimando parcialmente la demanda y declarando la ineficacia del reconocimiento de paternidad contenido en el instrumento público autorizado por el Notario de Sevilla don Ramón González de Echavarri y Armendia el día 26 de julio de 1990, número 2121 de su protocolo, sin que proceda efectuar el resto de las declaraciones interesadas, ni hacer pronunciamiento en cuanto a las costas.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Sevilla dictó Sentencia el 2 de marzo de 1998 estimando el recurso de apelación interpuesto por la representación de doña María Virtudes, revocó en parte la Sentencia dictada por el Juzgado y estimando la demanda formulada por dicha señora contra don Eusebio declaró: «Primero, nulo de pleno derecho y sin valor ni efecto el instrumento público autorizado por el Notario de Sevilla don Ramón González Echávarri y Armendia, el día 26 de julio de 1990 núm. 2.121 de su protocolo; Segundo, asimismo, nulo el reconocimiento de paternidad e inexistente la filiación no matrimonial que se recoge en dicho documento. Condenamos al demandado a estar y pasar por dichas declaraciones y al pago de las costas de la primera instancia sin pronunciamiento sobre las de esta alzada».
- ⊙ Don Eusebio interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia del Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Constituye el objeto de este proceso la acción ejercitada por doña María Virtudes, contra don Eusebio, en la que pide la nulidad del instrumento público de fecha 26 de julio de 1990, en virtud del cual es esposo de la primera, don Alexander, ingresado en la Clínica Sagrado Corazón de esta ciudad al padecer un carcinoma de vejiga en fase terminal, reconoció como hijo suyo al hoy demandado, solicitando igualmente se declare la nulidad del reconocimiento de paternidad en él efectuado y la inexistencia de la filiación no matrimonial pretendida con dicho reconocimiento. Por estos mismos hechos y considerando la existencia de un supuesto delito de falsedad en documento público, la hoy demandante formuló querrela contra el Sr. Eusebio y contra el Notario autorizante, de lo que conoció el Juzgado de Instrucción núm. 16, dictándose finalmente sentencia por la Sección Cuarta de la Audiencia Provincial de fecha 20 de febrero de 1995, que devino firme, en la que se absolvía a los acusados. En la data de ese instrumento el demandado había sido reconocido como hijo matrimonial en testamento de 26 de julio de 1965 por don Imanol.

El Juzgado razonó su decisión, tras descartar la falta de capacidad del reconociente, así como la inexistencia de vicios formales en aquel instrumento que, por los argumentos que esgrime, vale como acta notarial, si bien, al existir otra filiación del demandado –contradictoria, al haber sido reconocido en testamento de 26 de julio de 1965– no es posible viabilizar ese reconocimiento, que deviene al mismo no nulo sino ineficaz a los fines de que se ejercite, en su caso, la acción que proceda.

La Sala *a quo*, en cambio según su FJ 4, argumenta sobre la estimación total de la demanda, afirmando: «El artículo 120 CC, establece en el primer apartado que la filiación no matrimonial quedará determinada legalmente por el reconocimiento ante el encargado del Registro Civil, en testamento o en otro documento público. La referencia al documento público tiene su antecedente en el derogado artículo 131, por lo que, debe considerarse aplicable el artículo 186 del Reglamento del Registro Civil, según el cual, “son documentos públicos aptos par el reconocimiento, la escritura pública, el acta Civil o canónica de la celebración del matrimonio de los padres, el expediente de inscripción fuera de plazo, las capitulaciones matrimoniales y el acto de conciliación”.

No cabe duda que, con independencia de los testamentos, el documento público notarial adecuado para el reconocimiento es la escritura pública, ya sea, la otorgada con ese fin, ya se trate de la que se refiere a las capitulaciones matrimoniales, si bien, nada parece impedir que pueda hacerse el

reconocimiento en escrituras que no sean otorgadas con ese exclusivo objeto.

A esta misma conclusión, de que el documento público notarial adecuado para el reconocimiento, es la escritura pública, ha de llegarse por aplicación del artículo 1217 CC, en relación con el 144 del Reglamento notarial, al prescribir el primero que, los documentos en que intervenga Notario Público, se registrarán por la legislación notarial y, al señalar el segundo que el contenido propio de las escrituras públicas son las declaraciones de voluntad, los actos jurídicos que impliquen prestación de consentimiento y los contratos de todas clases.

La Sentencia recurrida entiende que, el discutido documento de 26 de julio de 1990, puede considerarse como una escritura pública, teniendo en cuenta que, en el mismo se recoge el requisito del Juicio de capacidad que impone al Notario el artículo 167 del referido Reglamento.

Dicho criterio no puede ser compartido, –continúa la recurrida– pues, basta examinar la declaración que el Notario prestó en el procedimiento penal (F. 164 de la causa) para comprender que el documento es un “acta de manifestación”, y que, así fue decidido por dicho fedatario consciente de la diferencia de requisitos legales exigidos en el Reglamento respecto a la escritura pública.

En razón a lo anterior, procede estimar el Motivo del recurso y con la revocación parcial de la Sentencia la estimación total de la demanda...».

En el recurso se articulan los siguientes Motivos:

1. En el motivo primero, se denuncia, A) al amparo del ordinal 4.º del artículo 1692 LEC, al considerar infringidas normas del ordenamiento jurídico. B) Se denuncia la infracción del artículo 1217 del CC, en relación con los artículos 199 y 208 del Reglamento Notarial. C) Se considera violado tal precepto por su inaplicación. Se critica que con la nulidad declarada del instrumento notarial citado de 26 de julio de 1990, también es nulo el contenido.

2. Se formula el motivo segundo, A) al amparo del ordinal cuarto del artículo 1692 por infracción de precepto legal. B) Se considera infringido el artículo 49 de la ley de Registro Civil. C) En el concepto de inaplicación. Se sostiene que, según el artículo 49 de la LRC, aunque el reconocimiento no sea formal, valdrá, al menos, como documento indubitado que habilitará la determinación de la filiación.

3. Se denuncia en el motivo tercero, A) Al amparo del artículo 1692, ordinal 4.º LEC B) la infracción

del núm. 1.º del artículo 120 del CC, en relación con los artículos 1216 y 1217 de dicho cuerpo legal, y artículo 186 del Reglamento del Registro Civil. C) La infracción denunciada lo es en el concepto de interpretación errónea de dichos preceptos. Se discrepa, pues, de los artículos aplicados 120 CC 1216 y 1217 de dicho cuerpo legal, en relación con el 186 del Reglamento del Registro Civil, afirmando, entre otras, que la alegada enumeración que hace el artículo 186, lo es sólo «ejemplificativa».

4. En el motivo cuarto, se denuncia, A) Al amparo del ordinal cuarto del artículo 1692 LEC, B) la infracción del párrafo segundo del artículo 113 del CC. C) El concepto de violación es el de inaplicación. Se alega que, la declaración de nulidad e inexistencia de la recurrida, pugna con la posibilidad de instar judicialmente la impugnación de la filiación contradictoria y, por tanto, se veda al recurrente la posibilidad de contar con un «documento indubitado» que le permita accionar al amparo del artículo 135 del CC, tal y como apreció el Juzgado de Instancia.

Los citados motivos, en lo atinente, han de acogerse, en cuanto su propósito es censurar a la recurrida, porque, su parte dispositiva al estimar íntegramente la demanda, no sólo declara la nulidad de pleno derecho del instrumento notarial de 26 de julio de 1990, sino, también la nulidad de su reconocimiento y la inexistencia de la filiación no matrimonial reconocida. Y, es que, para compartir la esencia del Recurso, ha de partirse de estas premisas.

a) Que, según la recurrida y de acuerdo con la legislación notarial que se cita en el transcrito FJ 4, tras un ponderado examen de los elementos de juicio, aprecia que ese instrumento, lo más que será, –según propia declaración del Notario–, es un acta de manifestación, (en esa declaración –f. 164 causa penal– alude ese fedatario a lo previsto al efecto del artículo 197 Registro Notarial) que, por tanto, no cumple con las previsiones del artículo 120 CC, en cuanto, ese reconocimiento habrá, entre otros, de constar en documento público, lo que conduce al artículo 186 del citado Reglamento Notarial, en donde aparece la escritura pública y, que también ello se conecta con el artículo 1217 CC, en su remisión al 144 del Reglamento, con lo que culmina que ese instrumento no es tal escritura pública, y sí sólo –se repite– un simple «acta de manifestación».

b) Empero lo afirmado, y aun aceptando esa calificación de «acto de manifestación» y, sin duda aplicando la previsión reglamentaria de los artículos 197 (que se repite, el propio Notario menciona) y ss. de su Reglamento, en donde, en el 198 *in fine* ya se alude *nominatim* a «consignar en acta las manifestaciones...», no puede, en caso alguno, derivar,

como hace la recurrida, en que todo su contenido ha de declararse nulo y, por tanto, inexistente el reconocimiento que alberga y, ello no se comparte, porque, como afirma el Recurso, de este modo, con esa inexistencia *in radice* se le veda al recurrente el posibilismo actuatorio de ejercitar *ex post* cualquier otra acción en pos de ese reconocimiento, apoyándose, como un elemento probatorio calificado en ese contenido autenticado por el fedatario público.

c) Porque, de cualquier modo, lo que es indiscutible es, que ese contenido expreso de reconocimiento de prole extramatrimonial, reúne los presupuestos precisos para integrar un documento indubitado de los que se citan en el artículo 49 de la Ley del Registro Civil, y, como tal, ha de servir para instar por esta vía el reconocimiento pertinente o bien, como expuso el Juzgado, para no cerrar el paso a la ulterior o cualquier acción de declaración de paternidad previa impugnación de la contradictoria que coexiste, *ex* artículo 135 CC.

d) Y, es que, en resumen, la tesis de la recurrida al declarar la inexistencia del citado instrumento, con su contenido incluido, viene a desconocer algo tan relevante en tema de investigación de prole, como que en un documento –con la fehaciencia de la presencia de Notario, acorde con aquella posibilidad reglamentaria–, se constata la realidad de que, por el reconociente y el reconocido expresamente se afirma o dicen –dorso de ese instrumento al f. 140 causa penal–: Don Alexander, reconoce como hijo suyo a don Eusebio, el cual Ap. II, acepta y agradece el reconocimiento que su padre formula mediante las presentes declaraciones. Se resalta, pues, que esto, sin más, es una prueba evidente –documento indubitado a los fines expuestos– que servirá, sino para el automatismo del reconocimiento formal de paternidad, como un elemento acreditativo de esa prole, a utilizar en la vía que, en su caso se utilice, bien la registral del artículo 49 LRC citado o, la ordinaria que corresponda; por ello la declaración de ineficaz de ese instrumento, como declara el Juez, lo es en el estricto campo de ese reconocimiento tipificado pero al mantener su existencia o verdad –negada por la Sala *a quo*–, valdrá al interesado para cimentar su pretensión en cualquiera de las citadas alternativas.

Todo lo cual, conduce a que, actuando la Sala a tenor del artículo 1715.1.3 LEC, se estime el recurso y, deje sin efecto la Sentencia recurrida, confirmando por sus mismos fundamentos, en lo atinente, la del Juzgado, con los efectos derivados, sin que a tenor del artículo 1715.2 LEC, proceda imposición de costas en ninguna de las instancias ni en este recurso, al hacer uso el tribunal que juzga de la salvedad que preceptúan los artículos 523, 710, 873 y 896 de dicha Ley, aplicables en su caso, al litigio.

FILIACIÓN

Estimación de la acción de impugnación de la filiación al amparo del artículo 140 del CC respecto al hijo nacido antes del matrimonio de los litigantes y que fue reconocido por el actor aunque no era hijo biológico suyo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Fernando interpuso demanda de menor cuantía contra doña María Inés y contra don Carlos Ramón, representado por su madre, con intervención del Ministerio Fiscal, solicitando que se dicte sentencia por la que se declare la nulidad del reconocimiento realizado por el actor de su paternidad biológica del menor don Carlos Ramón y consecuentemente se proceda a la cancelación del apellido paterno de su inscripción registral de nacimiento y todo ello con expresa condena en costas a la demandada.
- Doña María Inés, actuando en su propio nombre y en el su hijo menor de edad don Carlos Ramón, se personó en las actuaciones y contestó a la demanda, a la que se opuso mediante los hechos y razones jurídicas que alegó, para terminar suplicando: «Tener por contestada en tiempo y forma la demanda planteada de adverso, por formulada oposición a la misma, y previos los trámites legales, y recibimiento a prueba que desde ahora se solicita, dicte en su día sentencia desestimando la demanda, con expresa imposición de costas a la actora, por su notoria temeridad en la formulación de la presente».
- El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Valencia dictó Sentencia el 8 de noviembre de 1996 desestimando la demanda, por estimarse la excepción de caducidad de la acción.
- En grado de apelación, la Sec. 9.ª de la AP de Valencia dictó Sentencia el 30 de abril de 1998 desestimando el recurso interpuesto por don Fernando.
- Don Fernando interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo declarándose la nulidad del reconocimiento realizado de la paternidad biológica del menor don Carlos Ramón, procediéndose a la cancelación del apellido paterno en la inscripción registral de nacimiento.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En su escrito de impugnación del recurso, el Ministerio Fiscal emitió el siguiente informe: «Que en virtud del presente escrito viene a impugnar el recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Fernando contra la sentencia de la Audiencia de Valencia ya reseñada, por entender que ninguno de los tres motivos, articulado por vía del núm. 4 del artículo 1692 de la LEC tienen fundamento. Respecto del Primero, ante los hechos declarados probados, nos encontramos jurídicamente ante una filiación matrimonial (artículos 119

y 120 CC), desde la fecha del matrimonio (14 de septiembre de 1994), cuya filiación paterna había sido reconocida el 22 de abril de 1993. Presentada la demanda el 12 de julio de 1995, la acción de impugnación estaba ya caducada (artículos 136 y 141 del CC), aun en el supuesto (improbado) de que concurrieran los supuestos de hecho a que se refiere este último texto. En cuanto a los motivos Segundo y Tercero, hallándonos ante un reconocimiento, con conocimiento de no ser el reconocido hijo del reconecedor, la impugnación sólo cabe por

la vía del artículo 141 del CC, debiéndose acreditar vicio en la voluntad del reconocedor. De conformidad con los Hechos Probados en la sentencia de primera instancia, y de sus Fundamentos Jurídicos, recogiendo expresamente la ausencia en el reconocimiento efectuado de engaño, error o violencia en los Fundamentos segundo y tercero de la sentencia recurrida, debe concluirse que tampoco pueden prosperar los indicados motivos. Por lo expuesto, el Fiscal estima que procede dictar sentencia por la que se declare no haber lugar al recurso de casación interpuesto por la representación procesal de Fernando, con imposición de las costas, y pérdida del depósito constituido».

El demandante que recurre en casación denuncia en el primer motivo haberse infringido los artículos 140 y 141 del Código Civil, para alegar que la acción ejercitada lo ha sido dentro del plazo de los cuatro años que establece dicho artículo 140, lo que lleva a hacer constar que ha quedado reconocido y acreditado que el recurrente no es el padre biológico del menor don Carlos Ramón, nacido de la demandada el 29 de abril de 1991, al que reconoció como hijo propio por comparecencia ante el Encargado del Registro Civil llevada a cabo el 22 de abril de 1993, antes de haber contraído matrimonio civil los litigantes que tuvo lugar el 14 de abril de 1994.

Efectivamente, partiendo de que sea aplicable al caso de autos el referido artículo 140 y decididamente no el 141, como se razonará, y, desde un punto de vista teórico el plazo de los cuatro años que el mismo establece no ha transcurrido, efectuando el cómputo desde la fecha del reconocimiento de la filiación que queda dicho a la presentación de la demanda que tuvo lugar el 12 de julio de 1995, por lo que el motivo se acoge, sin perjuicio de decidir de modo definitivo el fondo de la cuestión debatida.

En cuanto al fondo, denuncia el recurrente la infracción de los artículos 140 y 141, en relación al 127 y 138 del Código Civil, debiendo advertirse cuanto antes que el recurrente amparó en el artículo 140 del Código Civil la acción que promovió a efectos de que judicialmente se declarase la nulidad del reconocimiento que efectuó de su paternidad biológica respecto al hijo de la demandada, por tratarse de reconocimiento de complacencia y sin que para nada se citase en la demanda el artículo 141, que sólo se alude de pasada para sostener que el reconocimiento de paternidad estaba viciado por habérselo impuesto al recurrente la demandada como condición para contraer matrimonio, sin que la acción ejercitada se apoye en alguno de los supuestos que contempla el artículo 141, para alcanzar la conclusión de que no hubo vicios en el consentimiento del recurrente y en todo caso la

acción había caducado por haber transcurrido el plazo de un año que el precepto establece.

Es claro que se ha aplicado indebidamente el artículo 141 que no afecta a la exactitud o inexactitud de la verdad biológica de la filiación, dejándose de aplicar el 140, que ha sido el alegado y conforma el debate jurídico procesal, por lo que la cuestión en esta vía casacional ha de concretarse a resolver si procede aplicar en sentido afirmativo o negativo el referido artículo 140 (Sentencia de 31 de octubre de 1997).

En el caso presente resulta incuestionable que la verdad biológica no coincide con la que representa el reconocimiento de paternidad que llevó a cabo el recurrente respecto al menor Carlos Ramón y se plantea la cuestión si ha de tenerse por prevalente la declaración formal registral.

Aunque queda dicho, no ha de olvidarse que el artículo 140 reconoce legitimación activa a quien aparece como progenitor y es precepto no equiparable sino distinto del 119 que determina que la filiación adquiere el carácter de matrimonial desde la fecha del matrimonio de los progenitores, dando a entender que se trata de padre y madre reales y que se casan con posterioridad al nacimiento del hijo o de los hijos habidos de una unión extramatrimonial precedente y siempre que el hecho de la filiación quede determinado en forma legal, por lo que junto a los nacidos constante el matrimonio (matrimonios originarios) se colocan los nacidos con anterioridad no estando los padres casados (hijos matrimoniales anticipados). El artículo 140 ha de relacionarse con el artículo 120 que contempla la filiación no matrimonial, estableciendo los presupuestos para su determinación legal, entre ellos el reconocimiento ante el Encargado del Registro Civil, como aquí ha sucedido.

Lo que deja expuesto autoriza a que el artículo 140, al referirse expresamente a la filiación no matrimonial, se está proyectando a los hijos nacidos sin que los padres se hubieran casado, como a los nacidos antes del matrimonio y no resultan hijos biológicos, como aquí sucede, no obstante el matrimonio de la madre progenitora y padre no progenitor, incluyéndose en el concepto de progenitor a quien formalmente figura como tal, ya lo sea por reconocimiento o por otro título, salvo si recae por sentencia judicial firme y la acción impugnatoria no se basa en defecto formal o vicio del consentimiento, ya que en concreto lo que ha de tenerse en cuenta es el dato objetivo de la realidad biológica y su prevalencia o no respecto a la filiación normal.

La jurisprudencia de esta Sala de Casación Civil ha iniciado una línea de interpretación para dar prioridad a la verdad biológica (Sentencia de 3 de diciembre de 2002, que cita las de 30 de enero de 1993 y 23 de marzo de 2001) ya que la reforma

operada en el Código Civil por Ley de 13 de mayo de 1981 manifiesta la tendencia a que en materia de estado civil ha de prevalecer la verdad real sobre la presunta resultante del estado matrimonial, procediendo toda clase de pruebas en los juicios de filiación, de lo que deja constancia el artículo 127 del Código Civil, lo que desvanece por completo, como aquí ocurre, la presunción que establece el artículo 116, toda vez que suficientemente se ha probado que el hijo reconocido no es hijo biológico del recurrente.

La imperatividad del artículo 39 de la Constitución, que exige la protección de los hijos, clama contra la inexactitud en la determinación de la paternidad, con la anomalía de atribuir potestad sobre los mismos a quien no es su padre biológico y la aplicación de un formalismo riguroso vendría a potenciar una situación injusta y hasta en línea de fraude, por lo que se impone la adecuada interpretación de la norma en la línea que marca el artículo tres del Código Civil. Esta doctrina se reitera en la Sentencia de 15 de septiembre de 2003, al otorgar toda eficacia decisiva al hecho de que el padre que impugnó no era padre biológico, pues la paternidad real, en otro caso, resultaría clamorosamente inexacta si se atribuyera a quien ha probado que no engendró el hijo y sólo se limitó a reconocerle como acto de complacencia y, aun más, se llegaría a proteger situaciones de indefensión, que violentan el artículo 24 de la Constitución.

La Sentencia de 28 de marzo de 1994, en caso igual que el presente, salvo que el reconocimiento del hijo lo llevó a cabo el padre impugnante a

medio de escritura pública, tuvo en cuenta que la acción impugnatoria de la paternidad lo fue al amparo del artículo 140 del Código Civil y no del 141, y viene a reconocer y declarar la legitimación activa del padre con independencia de darse posesión de estado, como si falta esta situación, para poder impugnar la filiación no matrimonial, y es la que la sentencia reconoce, pues en todo caso la acción se ejercitó en el plazo legal de los cuatro años y partiendo del hecho probado de no ser la menor reconocida hija biológica del recurrente, la sentencia decretó la nulidad del reconocimiento realizado por su falta de exactitud y había de rectificarse la inscripción registral del nacimiento de la menor, accediendo a lo solicitado en la demanda inicial.

El motivo ha de ser acogido y con ello el recurso y en conformidad al artículo 1715.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, corresponde a esta Sala, en funciones de instancia, decretar la casación de la sentencia recurrida y revocar la recaída en primera instancia, resolviendo el debate procesal en los términos en que ha sido planteado, lo que lleva a la decisión de que procede estimar la demanda que presentó el recurrente y como se dirá en la parte dispositiva de esta resolución.

No se hace declaración expresa en cuanto a las costas del recurso de casación ni respecto a las devengadas en las dos instancias, dadas las circunstancias especiales que concurren en el pleito (artículo 523, párrafo primero y 1715 de la Ley Procesal Civil), procediéndose a la devolución del depósito constituido.

FILIACIÓN

Estimación de la acción de impugnación de la paternidad obtenida tras un reconocimiento de complacencia siendo de aplicación el artículo 140 del CC y no el artículo 141 ya que este último se refiere al consentimiento viciado.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 4 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ En el año 1990 don Abelardo, separado de su esposa, de cuyo matrimonio había dos hijos, entabló una relación afectiva y paramatrimonial con doña Filomena, que ya tenía un hijo con otra persona.
- ⊙ Don Abelardo, por mera complacencia, accedió a la petición de su pareja para reconocer al hijo de ésta. Realizó dicho reconocimiento por declaración ante el Encargado del Registro Civil de Vigo.

- ⊙ Pasado algún tiempo, quedó rota la relación paramatrimonial entre los convivientes.
- ⊙ Don Abelardo promovió demanda de juicio declarativo de menor cuantía sobre impugnación de filiación no matrimonial de Luis Pablo, menor de edad, representado por su madre, doña Filomena en la que, tras alegar los hechos y fundamentos que tuvo por conveniente, terminó suplicando se dictase sentencia con los siguientes pronunciamientos: «Que con total estimación de la demanda de impugnación de filiación no matrimonial del menor Abelardo, Luis Pablo, representado por su madre, doña Filomena interpuesta por esta parte, se declare la nulidad del reconocimiento de tal paternidad realizado por el actor ante el encargado del Registro Civil con fecha de 27 de marzo de 1992, por su falta de exactitud al no corresponderse con la realidad biológica, y se ordene la rectificación de la inscripción registral del nacimiento del menor en tal sentido. Todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandada».
- ⊙ Admitida a trámite la demanda y comparecido el demandado, su defensa y representación legal la contestó, oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos jurídicos que tuvo por conveniente, y terminó suplicando se dictase sentencia por la que se desestime totalmente la demanda, declarando no haber lugar a la impugnación de la filiación no matrimonial del menor Luis Pablo, representado por su madre, doña Filomena condenando en costas a la parte actora.
- ⊙ El Ministerio Fiscal interesó la desestimación de la demanda planteada, con expresa imposición de costas a su promotor.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Vigo dictó Sentencia el 4 de abril de 1997 desestimando la demanda interpuesta por don Abelardo contra Luis Pablo y doña Filomena imponiéndole el pago de las costas al demandante.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la AP de Pontevedra dictó Sentencia el 25 de marzo de 1998, estimando el recurso y revocando la sentencia del juzgado en el sentido de estimar la demanda declarando la nulidad del reconocimiento de paternidad realizado por don Abelardo ante el encargado del Registro Civil con fecha de 17 de marzo de 1992.
- ⊙ Doña Filomena interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Impugna la sentencia la representación y defensa de la madre y representante legal de su hijo menor con un recurso de casación amparado en tres motivos: el primero aduce inaplicación del artículo 141 del Código Civil, el segundo alega aplicación indebida del artículo 140 del citado texto legal y el tercero y último, por inaplicación del artículo 7 del citado Código Civil.

El inicial motivo, como ya ha quedado consignado, alega inaplicación del artículo 141 del Código Civil y sostiene que la pretensión actora no puede ampararse en las únicas causas previstas para tal impugnación establecidas en el citado precepto. Alega asimismo que la demanda no aduce existencia de error, violencia o intimidación consignados en el artículo. Alega después la doctrina de los actos propios y la vinculación que impone y cita la vetusta Sentencia de 25 de junio de 1909.

El motivo decae inexcusablemente. La propia recurrente en esta vía extraordinaria del recurso de casación, reconoce al inicio del desarrollo del motivo, «que nos hallamos ante una impugnación de filiación no matrimonial del menor, Luis Pablo efectuada por el demandante, alegando la nulidad del reconocimiento de paternidad realizado por el actor, ante el Señor Encargado del Registro Civil en fecha 17 de marzo de 1992, por su falta de exactitud al no corresponderse con la realidad biológica». Por tanto, tal inexactitud o ausencia de correspondencia del reconocimiento y por ende, de la realidad registral con la biológica, no se encuentra incluida en el artículo 141, por ello la inaplicación de tal precepto como argumentación del motivo, carece de base y razón porque la acción ejercitada no fue la del artículo 141, sino la del artículo 140.2 del mismo texto legal y con apoyo asimismo

en el artículo 108 del mismo Código Civil. «La filiación puede tener lugar por naturaleza y por adopción», en base a lo consignado, la declaración de paternidad realizada por el demandante ante el Encargado del Registro Civil choca frontalmente con lo dispuesto en el artículo 108.

Al tratarse de acción diferente a las del artículo 141, la denuncia del motivo decae inexcusablemente. Porque la acción ejercitada, la del artículo 140 se está refiriendo a un reconocimiento extrínsecamente correcto, pero inexacto, en cuanto su autor no es realmente el progenitor del reconocido. El actor no impugna el reconocimiento, no dice que el mismo esté viciado de error, violencia o intimidación, sino impugna la filiación. Por ello, no puede aducirse como infringido por inaplicación el artículo 141. La pretensión del actor se ha dirigido exclusivamente a demostrar la inexactitud de la filiación y de la falta de presupuesto fáctico de paternidad, en suma, en la falta de veracidad de la filiación. No impugna, ni combate el reconocimiento en sí, que no niega, sino la filiación determinada por dicho acto.

La pretensión, en suma se basaba entre la falta de coincidencia entre la realidad registral y la biológica, en que el demandante no es progenitor del menor.

A continuación y en el mismo motivo aduce la recurrente la doctrina de los actos propios, que nada tiene que ver con el motivo. Además, tal doctrina en su aplicación en este supuesto u otro semejante conculcaría el artículo 108 del Código Civil, en que la filiación sólo tiene dos causas, la naturaleza y la adopción.

Sostiene el segundo motivo del recurso que el artículo 140 del Código Civil no autoriza a quien realiza el reconocimiento, a impugnar la filiación fuera de los casos recogidos en el artículo 141 del mismo Cuerpo legal. El citado artículo 140 determina que cuando existe posesión de estado, la acción de impugnación corresponde a quien aparece como hijo o progenitor, pero ha de interpretarse en relación con el artículo 141 cuando existan vicios en el consentimiento, que hayan inducido a error en el reconocimiento.

Tal es la sola y exclusiva argumentación del motivo, que tiene que perecer. Aquí no han existido vicios del consentimiento, que hayan inducido a error en el reconocimiento. Se trata de un reconocimiento de los denominados por la doctrina y la jurisprudencia como «reconocimiento de complacencia». Existen dos acciones diferentes e independientes, con presupuestos diversos y basta examinar la acción del artículo 140 para darse cuenta de que se refiere a la realidad biológica y el artículo 141 al consentimiento viciado. Esta Sala, para evitar innecesarias repeticiones, se remite

a lo consignado en el anterior ordinal de estos fundamentos jurídicos. Por ello, y al haberse ejercitado la acción *ex* artículo 140 y reconocida por la madre –representante legal del menor– la falta de paternidad del actor, se ha cumplido la acción impugnatoria del artículo 140.2 del Código Civil, en relación con el artículo 108 del mismo texto. Como ha recogido la Sentencia de esta Sala de 28 de marzo de 1994, consecuente con el principio constitucional consagrado en el artículo 39.2 de la Constitución Española, el artículo 127 del Código Civil (hoy al haberse derogado los artículos 127 a 136 del Código Civil por la Disposición Derogatoria Única.2.1.^a de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, lo repite el artículo 767.2 de este texto) ha establecido el principio de libre investigación de la paternidad. Precisamente, la referida sentencia estimó un motivo del recurso porque, no obstante ejercitarse la acción del artículo 140 del Código Civil, nulidad de la declaración de filiación no matrimonial por no corresponder con la realidad biológica, aunque el reconocimiento formalmente fuese correcto, la sentencia recurrida se refería al error del artículo 141, lo cual implicaba la clara incongruencia en el motivo. Asimismo, la Sentencia de 31 de octubre de 1997 reitera tal argumentación, por resolver el juzgador de instancia pretensión distinta de la ejercitada y aplicar indebidamente el artículo 141 del Código Civil y no el artículo 140 del mismo cuerpo legal. Como ha señalado la Sentencia de 26 de noviembre de 2001, la Sala admite que la acción del artículo 140 es distinta de la del artículo 141.

El tercero y último motivo estima que la sentencia *a quo* no ha contemplado la aplicación del artículo 7 del Código Civil y estima que existe abuso de derecho.

El motivo parece porque, con independencia de que el motivo supone el planteamiento de una cuestión nueva, no autorizada en casación, el artículo 7 del Código Civil, que se dice infringido, es norma de carácter genérico y no puede servir por sí sola de base a la casación –Sentencias de 12 de abril de 2000 y 19 de septiembre de 2001–. En todo caso, no se deduce el resultado de abuso de derecho, cuando sin traspasar los límites de la equidad y de la buena fe se pone en marcha el mecanismo judicial con sus consecuencias para hacer valer una atribución que el actor estima no corresponderle, porque como recoge la Sentencia de esta Sala de 16 de mayo de 2001, y las en ellas citadas, por oponerse a ello la máxima *qui iure suo utitur neminem laedit*, salvo que el Tribunal sentenciador hubiera declarado su culpabilidad estimando inexistencia de *iusta causa litigandi*. El motivo perece y el recurso tiene que ser desestimado.

FILIACIÓN

La prueba testifical, el contenido de seis cartas y la negativa del demandado a la práctica de la prueba biológica es base suficiente para estimar la demanda de reclamación de paternidad.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Luis Martínez-Calcerrada y Gómez

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Margarita interpuso demanda de menor cuantía contra don Jesús solicitando se dictase sentencia por la que se declarara que la menor María Esther, es hija no matrimonial del demandado don Jesús Manuel y, una vez firme la resolución se comunique al Registro Civil de Gijón donde consta inscrito el nacimiento, ordenando se inscriban los apellidos paternos en la forma habitual y así mismo se condene al padre demandado a indemnizar en once millones de pesetas a la madre de la menor doña Margarita, establezca la cantidad de setenta y cinco mil pesetas que el padre debe pagar a su hija en concepto de pensión y el deber que tiene el padre de pasar con su hija los períodos vacacionales de la menor, con expresa imposición de costas si el demandado se opusiere.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda la representación procesal del demandado contestó a la misma, oponiendo a las pretensiones deducidas de adverso los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando sentencia por la que se desestimara íntegramente la demanda, con condena en costas a la parte actora.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de San Sebastián dictó Sentencia el 5 de febrero de 1997 estimando parcialmente la demanda y declarando que: 1. Que María Esther es hija no matrimonial de don Jesús Manuel. 2. Que han de ser modificados los apellidos de María Esther por los de Fátima. 3. Se establece la obligación del Sr. Jesús Manuel de abonar alimentos para su hija María Esther, alimentos cuyo importe se determinará en ejecución de sentencia. 4. Padre e hija tienen derecho a relacionarse en la forma que se determinará por las partes en ejecución de sentencia.
- ⊙ En grado de apelación la Sec. 3.ª de la AP de Guipúzcoa dictó Sentencia el 16 de marzo de 1998 desestimando el recurso interpuesto por don Jesús Manuel.
- ⊙ Don Jesús Manuel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La Sentencia recurrida, después de un pormenor de elementos de repulsa a los argumentos de la pretensión del demandado que, luego, como se comprobará se vienen a reproducir casi literalmente en esta casación, emite su *ratio decidendi* afirmando, que con base a la prueba testifical aludida y el contenido de 6 cartas obrantes en autos entre el 10 de marzo de 1977 y el 19 de abril de 1978, aparte de la negativa

a las pruebas biológicas, su concluye que «... de todo lo expuesto, se infiere que los dos extremos antes analizados contienen elementos más que suficientes para, vía artículo 135 del CP, considerar plenamente acreditada la filiación litigiosa. En todo caso el Tribunal debe dejar constancia de que, como afirma la sentencia apelada, a falta de una certeza dentro de lo humanamente posible respecto a la filia-

ción en litigio, únicamente es imputable al propio demandante/apelante, pues si se hubiese sometido a las correspondientes pruebas hemobiológicas se hubiese obtenido una certeza plena sobre su relación biológica con doña María Esther».

El recurso a lo largo de sus motivos vienen a reproducir los mismos alegatos ya perfectamente resueltos por el Tribunal de Instancia, a saber:

En el primer motivo, se denuncia el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de los actos y garantías procesales. Al amparo del artículo 1692.3.º LEC, por infracción del artículo 127.2 del CC. Se acusa, pues, a la recurrida de la infracción de susodicho artículo 127.2 y, se responde compartiendo lo expuesto en el FJ 2 de la misma «El artículo 127.2 del CC, regula un presupuesto de procedibilidad, de naturaleza estrictamente procesal, que “tiene su justificación en la necesidad de imponer unos límites para impedir la presentación injustificada de demandas temerarias o totalmente infundadas, creando procesos que pueden originar problemas a personas o familias, e incluso dar lugar a coacciones o chantajes”. Por estas razones el TS ha admitido la denominada interpretación espiritualizada del concepto de principio de prueba a los efectos del artículo 127.2 CC. Con un criterio flexible y amplio el TS ha admitido incluso (STS de 3 de diciembre de 1991) “que basta con que en la demanda conste la oferta de practicar determinadas pruebas en el momento adecuado” porque añade la STS de 23 de octubre de 1993, “El requisito procesal del núm. 2 del artículo 127 constituye un complemento tendente a procurar la seriedad de la demanda, pero nunca puede dar lugar a una restricción, ni a un obstáculo a la posibilidad que abre el artículo 39.2 de la Constitución”...», y, que se confirma en profusa jurisprudencia, por todas en STS de 18 de mayo de 2000.

En otro motivo se denuncia el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción del artículo 611 LEC, que rigen los actos y garantías procesales; Ahora, se denuncia el artículo 611 LEC, tratando de censurar a la recurrida, porque, habilitó la decisión del Juzgado de practicar una prueba biológica –hemobiológica– cuando se había solicitado otra distinta, la biológica hemofílica de paternidad, para demostrar el ADN. La Sala con acierto en su FJ 6 dice y se comparte: «...Una simple lectura de dicha proposición de prueba evidencia que nos encontramos ante un simple *lapsus calami* y que se está solicitando una prueba de paternidad sobre la llamada huella genética del ADN. Por tanto, la prueba hemobiológica de diagnóstico de la paternidad biológica acordada por el Juzgado respondía exactamente a lo solicitado por la parte...». Esto es, el postulado del contraste de progenie

alusivo al «ácido desoxirribonucleico» es suficiente para enmarcar la inmisión corporal postulada en el baremo científico de su género.

También renuncia el recurrente al quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción del artículo 566, en relación con el artículo 565 LEC. Infracción del artículo 18.1 y 15 CE que garantiza el derecho al honor, a la integridad personal y familiar, a la propia imagen, a la integridad física y moral. Artículo 1692.3 LEC; Se quiere justificar la negativa del demandado a la práctica de la prueba biológica, a su ausencia «por tener vacaciones estivales», y es tan endeble el alegato que, sin más, se remite al contenido del FJ 6 repetido: «una vez sí estaba ausente, pero, ante la repetición del requerimiento se negó a ello».

En el motivo sexto denuncia la infracción del artículo 1692.4 LEC. Violación del artículo 135 y 1253 CC; Se responde que la aludida *ficta confessio* no se ha aplicado por la Sala *a quo*, la cual ha sido, para apreciar la progenie del demandado, respetuosa con una línea del discurso jurisprudencial constante, de que, ante la concurrencia de los dos sumandos (–elementos de conocimiento previos, pruebas testificales y las cartas reseñadas...– amén de la negativa a la receptividad corporal de la prueba fisio-biológica), la conclusión de progenie es inconcusa, se decía, al respecto, en Sentencia de 20 de julio de 2001: «Sobre la cuestión valorativa jurídico/judicial de la negativa a la práctica de la prueba biológica en relación con los demás elementos de convicción, existe ya un sólido cuerpo de doctrina jurisprudencial, a saber: “... que, partiendo de la jurisprudencia constante existente al respecto en cuanto al valor que tiene la negativa a la práctica de la prueba biológica, que sin alcanzar el carácter de *ficta confessio*, debe ser determinante de la convicción del órgano enjuiciador cuando, a su vez, aparte de esta negativa existen otros elementos de prueba que, en el sentir del Tribunal sentenciador propenden a alcanzar la paternidad discutida, (entre las sentencias de esta Sala cabe destacar la de 8 de julio de 1991, que en su FJ 6, decía: “... cuando acontece, como en el caso de autos, que sin la apoyatura de las pruebas pertinentes que posibilita el artículo 127, –sobre cuya no práctica y su significado se expuso en STS de 6 de junio de 1991 ‘Como indican las Sentencias, entre otras de 19 de junio de 1986, 17 de julio y 14 de noviembre de 1987, 11 de marzo, 21 de mayo, 14 de junio, 3 y 7 de diciembre de 1988 y 24 de marzo de 1990–, admitido en el ordenamiento jurídico español el principio de investigación de la paternidad, concretamente en el artículo 127 CC, como consecuencia del principio constitucional consagrado en el artículo 39.2 CE con la consiguiente admisión de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, si bien la

negativa a someterse a éstas no implica, ni supone, desde luego una *ficta confessio*, sí supone, un valioso indicio, puesto en relación con los demás medios probatorios aportados, revelador de una falta de solidaridad y colaboración a la administración de justicia para determinar derechos de terceros, cual es el hijo cuya paternidad –*sic*– se reclama, ciertamente lamentable si se tiene en cuenta el elevadísimo índice de fiabilidad respecto a la determinación positiva de la paternidad en cada caso concreto, y cuya actividad obstructiva a su práctica hace ilusorias las posibilidades que el legislador establece en el artículo 24 CE, para lograr la tutela efectiva de los derechos legítimos como los de filiación, y concretamente el derecho primario del hijo a que se le declare su filiación biológica y significar un evidente ejercicio antisocial del derecho concretamente rechazado por el artículo 7 CC; y, como tiene declarado esta Sala en Sentencias de 4 de abril y 19 de junio de 1986, si bien el legislador español no ha dictado por el momento ninguna norma legal para regular la situación que se produce cuando cualquiera de los involucrados rehúsa ponerse a disposición de los peritos, o simplemente permitir que se lleven a cabo sobre su cuerpo las operaciones que son imprescindibles –por mínimas o nocivas que resulten– para el desenvolvimiento y éxito de la pericial, a diferencia de lo que sucede en otros ordenamientos, donde unas veces la negativa injustificada a someterse a la inspección heredo-biológica es sancionada con multa disciplinaria, y, caso de persistencia, se autoriza el recurso de los apremios directos, especialmente a la conducción por la fuerza, o bien se equipara la negativa a la confesión, o da lugar a la inversión de la carga de la prueba, o se faculta para extraer libremente argumentos de prueba de rechazo injustificado de la parte a consentir la inspección sobre la persona...”, asimismo la de 22 de marzo de 1996, que en su FJ 7, señalaba que: “... ante la terminante prescripción del ordenamiento vigente (artículos 39 CE y 127 CC), es patente que la investigación de la paternidad, si bien no puede imponerse a la fuerza, hoy día obligatoriamente, en punto al sometimiento a la práctica de pruebas biológicas, porque ello quizá vulneraría el artículo 10.1 CE, por lo que actualmente pudiera reflejar una cierta vejación, es lo cierto que, aquellos preceptos son portadores de un mensaje legal enderezado al bien público, –la primera célula de la sociedad es la familia y su átomo más irradiante es la relación paterno-filial–, cuyas exigencias merecen una mayor y más específica protección, sobre todo en su instrumentación jurídica finalista y adecuada...” Ahora bien ante esa deficiencia y la consiguiente negativa a pres-

tar su colaboración el hipotético padre biológico interesado por injustificadas causas... se ha tenido que perfilar una doctrina que en la medida de lo posible resuelva satisfactoriamente los derechos en pugna. Y de esta doctrina cabe extraer como esencia fundamental, que tal negativa no puede considerarse como *ficta confessio* y por ello ha de estar relacionada con las demás pruebas para obtener la convicción indispensable en orden a la estimación de la demanda por la vía probatoria de los indicios obrantes en el litigio...” (STS de 19 de septiembre de 1996); lo que se completa con el reciente estudio de esa doctrina, consolidada al sistematizarse los siguientes criterios relevantes sobre el problema.

Asimismo, como doctrina actualizada, se decía en la Circular 1/2001 de 5 de abril de la Fiscalía General del Estado: “... La plena conformidad constitucional de la resolución judicial, que en el curso de un proceso de filiación, ordena llevar a cabo una prueba biológica para la investigación de la relación de paternidad o de maternidad, siempre que sea considerada pertinente por la autoridad judicial, no entrañe un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarla, y su práctica resulte proporcionada atendida la finalidad perseguida con su realización (SSTC 7/1994 y 95/1999). La obligación que tienen las partes de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas, por ser éste un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los tribunales en el curso del proceso (artículo 118 de la Constitución), conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que en otro caso, bastaría con negarse a la realización de la prueba biológica para colocar al otro litigante en una posición de indefensión contraria al artículo 24.1 de la Constitución, por no poder justificar su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el artículo 24.2 del texto constitucional (SSTC 7/1994 y 95/1999)”.

La prueba biológica despliega con plenitud sus efectos probatorios en los supuestos dudosos, en donde los medios de prueba de otro tipo son suficientes para mostrar que la demanda no es frívola ni abusiva, pero insuficientes para acreditar por sí solos la paternidad (STS 88/2000, de 20 de septiembre).

FILIACIÓN

Las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas, por ser éste un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación de la generación, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 16 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Doña Olga se formuló demanda en base a cuantos hechos y fundamentos de derecho estimó de aplicación, para terminar suplicando al Juzgado: «... dicte sentencia, por la que estimando la demanda en todos sus términos acuerde: 1) Declarar la filiación no matrimonial del menor Julián con respecto a don Rodrigo. 2) Decrete la inscripción de tal filiación no matrimonial en el Registro Civil correspondiente. 3) Que doña Olga continúe con la patria potestad sobre su hijo y guarda y custodia del menor, privándose al Sr. Rodrigo de la patria potestad según prescribe el artículo III del Código Civil y demás derechos sobre el menor. 4) Que como alimentos al menor con cargo al Sr. Rodrigo se fije la cantidad de 200.000 pesetas mensuales, pagaderas en los cinco primeros días de cada mes y en doce mensualidades al año, con su correspondiente actualización anual con efectos de primero de enero de cada año conforme al IPC que emite el INE y devengándose dicha pensión desde la fecha de presentación de la demanda, conforme establece el artículo 148 del CC. 5) Imponer las costas al demandado del presente procedimiento, si se opusiere a la justa pretensión que aquí se ejercita».
- ⦿ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... dicte en su día sentencia en la que se desestime la demanda en todos sus pedimentos con imposición de costas a la actora».
- ⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 17 de los de Barcelona dictó Sentencia el 8 de noviembre de 1996 estimando la demanda declaró la filiación no-matrimonial del menor con respecto a don Rodrigo, decretando la inscripción de tal filiación no-matrimonial en el Registro Civil correspondiente, continuando su madre ejercitando la patria potestad sobre su hijo, así como su guarda y custodia, privando al Sr. Rodrigo de la patria potestad y demás derechos sobre el menor (artículo III.2 del Código Civil). En concepto de alimentos el Sr. Rodrigo deberá abonar a favor de su hijo la cantidad de 200.000 pesetas mensuales pagaderas dentro de los cinco primeros días de cada mes y doce mensualidades al año, actualizables anualmente en el mes de enero de cada año a contra la primera actualización, dado que el devengo de la pensión se hará desde la fecha de la presentación de la demanda, en el mes de enero de 1997 y con arreglo a la variación que experimente el IPC. Se desestima la petición de “Litis-expensas” al no haber lugar a su concesión por no darse los requisitos legales en el presente procedimiento.— No ha lugar a especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas.
- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 1.ª de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 7 de abril de 1998 estimando parcialmente el recurso interpuesto por don Rodrigo fijando los alimentos en la cantidad de 100.000 pesetas y manteniendo el resto de los pronunciamientos.
- ⦿ Don Rodrigo interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alegaba doña Olga en su escrito de demanda haber quedado embarazada en septiembre de 1979 como consecuencia de las relaciones íntimas mantenidas con el demandado dando a luz el 27 de junio de 1980 a un niño al que llamó A. el cual fue inscrito con los apellidos, cambiando su orden, de la actora al haberle prometido el padre reconocerlo cuanto tuviera arreglada su situación matrimonial.

Don Rodrigo afirma que sobre el año 86 mantuvo relaciones íntimas con la actora que se mantuvieron hasta 1993, que comenzó a trabajar en su despacho en mayo de 1991, negando que sea cierto lo que afirma doña Olga cuando manifiesta que sus relaciones se iniciaron en el verano de 1979 ni que éstas fueran de pareja sentimental, e ignora quién puede ser el padre de dicho menor por lo que consecuentemente no existe ninguna obligación por su parte. Asimismo no estima oportuno someterse a la prueba biológica.

El primer motivo lo basa la parte recurrente en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, puesto que en la sentencia recurrida, según afirmación de dicha parte, se ha infringido el artículo 1253 del Código Civil.

Este motivo es desestimado. En efecto, en el presente motivo la parte recurrente trata de rebatir la afirmación realizada en la sentencia recurrida sobre la existencia de relaciones sexuales de la parte recurrente con la recurrida, afirmando que la conclusión de la misma no resulta de los elementos probatorios producidos en el juicio.

Sobre ello siguiendo el informe del Ministerio Fiscal hay que decir que en su sentencia la Audiencia sienta como hechos acreditados la existencia de relaciones personales entre las partes ubicadas en fechas que concuerdan con la procreación del hijo, deducida aquélla de ciertos datos relevados por medio de prueba directa: a) la confesión del recurrente en el juicio por despido; b) el acta del juicio de despido; c) la fotografía reveladora de una cierta intimidad, y d) declaraciones testificales; datos que vistos desde la experiencia de lo que puede ser una relación amorosa que se quiere mantener bajo reserva permiten llegar, como lo hizo la Sala, a la certeza judicial de la realidad de esa intimidad sexual entre ambos. No es, por tanto, lícito en casación someter a cuestión aquel resultado probatorio que sienta los hechos base de toda presunción judicial, máxime si, como se ha indicado, aquél no se muestra como absurdo o irracional.

En conclusión que la parte recurrente ha tratado de sacar unas conclusiones probatorias guiadas por una intencionalidad *pro domo sua*, lo cual es inad-

misible desde un punto de vista casacional, sobre todo cuando la deducción realizada en la sentencia recurrida es lógica y absolutamente racional.

El segundo motivo también lo fundamenta la parte recurrente en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, y porque en la sentencia recurrida, según opinión de dicha parte, se ha violado la doctrina legal aplicable de la Sala Primera del Tribunal Supremo en materia de filiación extramatrimonial.

Este motivo debe sufrir la misma suerte desestimatoria que su antecesor. En efecto, la sentencia recurrida aplica perfectamente en su *ratio decidendi* la doctrina jurisprudencial emanada en numerosas sentencias de esta Sala, así como de las del Tribunal Superior de Justicia de Cataluña que aparece recogida a manera de epítome en la Sentencia de 19 de diciembre de 2002, cuando en ella se dice: por lo que se refiere a la jurisprudencia de esta Sala son ya innumerables las sentencias que sin atribuir a la falta de colaboración del demandado la eficacia o valor probatorio de una confesión judicial, *ficta confessio* o admisión implícita de la paternidad, sí la consideran desde luego un indicio especialmente valioso o significativo que, en unión de otras pruebas practicadas en el proceso, permite declarar la paternidad del demandado obstruccionista. Es más, si por algo se caracterizan las sentencias más recientes es por aumentar cada vez más el valor probatorio de esa conducta del demandado, según resulta de la STS de 17 de noviembre de 1997; en tanto la STS de 3 de octubre de 1998, al examinar un motivo que alegaba la falta de citación personal del demandado para la práctica de la prueba biológica y la omisión de advertencia por el órgano jurisdiccional acerca de las consecuencias de su negativa a colaborar, declara la plena regularidad de la citación por cédula, y también por medio del Procurador del demandado, así como la irrelevancia de omitir aquella advertencia, «pues dicha advertencia es misión que incumbe exclusivamente al Letrado-director técnico del interesado».

Por último en relación a la doctrina constitucional es preciso destacar la STC 95/1999, de 31 de mayo, tomando como principal punto de partida la sentencia de 1994 pero en términos si cabe más contundentes, hace en su fundamento jurídico segundo la siguiente síntesis: «Este Tribunal ha declarado la plena conformidad constitucional de la resolución judicial que, en el curso de un pleito de filiación, ordena llevar a cabo un reconocimiento hematológico, pues este tipo de pruebas, que no pueden considerarse degradantes, ni contrarias a la dignidad de la persona, encuentran su cobertura

legal en el artículo 127 del Código Civil, que desarrollando el mandato contenido en el inciso final del artículo 39.2 CE, según el cual “La ley posibilitará la investigación de la paternidad”, autoriza la investigación de la relación de paternidad o de maternidad en los juicios de filiación, mediante el empleo de toda clase de pruebas, incluidas las biológicas, a la vez que sirven para la consecución de la finalidad perseguida con las normas constitucionales que imponen “la protección integral de los hijos, iguales éstos ante la ley con independencia de su filiación” (artículo 39.2 CE), y la obligación de los padres de “prestar asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio” (artículo 39.3 CE). Por ello, cuando sean consideradas indispensables por la autoridad judicial, no entrañen un grave riesgo o quebranto para la salud de quien deba soportarlas, y su práctica resulte proporcionada, atendida la finalidad perseguida con su realización, no pueden considerarse contrarias a los derechos a la integridad física (artículo 15 CE) y a la intimidad (artículo 18.1 CE) del afectado» (STC 7/1994, FJ 3).

Hemos declarado igualmente que, dada la trascendencia que para las personas implicadas en los procesos de filiación tiene la determinación de las relaciones materiales que se dilucidan en ellos, especialmente por lo que respecta a los derechos de los hijos que se garantizan en el artículo 39 CE, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas que hayan sido debidamente acordadas por la autoridad judicial, por ser éste un medio probatorio esencial, fiable e idóneo para la determinación del hecho de la generación discutido en el pleito, pues, en estos casos, al hallarse la fuente de la prueba en poder de una de las partes

del litigio, la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (artículo 118 CE), conlleva que dicha parte deba contribuir con su actividad probatoria a la aportación de los hechos requeridos a fin de que el órgano judicial pueda descubrir la verdad, ya que en otro caso, bastaría con que el litigante renuncie a la prueba biológica se negase a su realización para colocar al otro litigante en una situación de indefensión contraria al artículo 24.1 CE por no poder justificar procesalmente su pretensión mediante la utilización de los medios probatorios pertinentes para su defensa que le garantiza el artículo 24.2 CE (STC 7/1994, FJ 6 y las resoluciones en ella citadas).

Por tales razones, este Tribunal ha declarado ya en ocasiones anteriores que cuando un órgano judicial, valorando la negativa del interesado a someterse a las pruebas biológicas, en conjunción con el resto de los elementos fácticos acreditados a lo largo del procedimiento, llega a la conclusión de que existe la relación de paternidad negada por quien no posibilitó la práctica de la prueba biológica, nos hallamos ante un supuesto de determinación de la filiación, permitido por el artículo 135, *in fine*, del Código Civil, que no resulta contrario al derecho a la tutela judicial efectiva del artículo 24.1 CE (AATC 103/1990, 221/1990).

Por todo lo cual y como conclusión hay que decir que en el presente caso, hay que proclamar que las negativas tácitas o expresas a la práctica de pruebas hematológicas, unida a la relación de la demandante y del demandado, constante en el momento de la concepción del hijo, lleva a esta Sala a confirmar el pronunciamiento efectuado en la sentencia recurrida, a declarar la paternidad pretendida.

FILIACIÓN

La acreditación de una serie de pruebas indiciarias unido a la negativa a la prueba que podía acreditar, sin lugar a dudas, la paternidad del demandado, habida cuenta de que éste se niega sin causa justificada alguna es claro que no puede sufrir el menor la negativa de la filiación por la obstrucción a una prueba y por ello procede estimar la demanda.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Xavier O’Callaghan Muñoz

ANÁLISIS DEL CASO

⦿ Doña Constanza interpuso demanda de reclamación de filiación extramatrimonial contra don Fidel y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó supliendo al Juzgado dictase sentencia por la que se reconozca la paternidad del demandado y el reconocimiento de una pensión alimenticia de cincuenta mil pesetas.

- ⊙ Compareció el demandado con Abogado y Procurador y contestó a la demanda suplicando se declare sentencia absolviéndole libremente. Compareció el Ministerio Fiscal formulando oposición a los hechos objeto de la demanda en tanto no sean probados.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 8 de Bilbao dictó Sentencia el 21 de enero de 1997 estimando la demanda y declarando la filiación de la menor María Antonieta, hija extramatrimonial de doña Constanza y don Fidel, con las consecuencias legales inherentes a esa declaración y en concreto: la exclusión de la patria potestad y demás funciones tuitivas así como de los derechos que por ministerio de la ley corresponden a los padres respecto del hijo o sus descendientes o en sus herencias respecto del demandado...; la hija no ostentará el apellido de dicho progenitor salvo si lo solicita ella misma o su representante legal; la fijación de una pensión alimenticia en favor de la menor cuyo importe se determinará en ejecución; dicha pensión, que se devengará desde la fecha de interposición de la demanda, se abonará por anticipado en la cuenta o libreta que designe la madre y se actualizará anualmente conforme al IPC que publique el INE; Condenando al demandado a estar y pasar por estas declaraciones y al pago de las costas.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.^a de la AP de Bilbao dictó Sentencia el 12 de febrero de 1999 desestimando el recurso interpuesto por don Fidel.
- ⊙ Don Fidel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La posición de esta Sala en las acciones de investigación de la paternidad, nombre tradicional referido a la acción de reclamación de la filiación extramatrimonial, viene resumida en las Sentencias de 20 de septiembre de 2002 y 27 de junio de 2003 en estos términos:

La doctrina del Tribunal Constitucional viene plasmada, esencialmente, en dos Sentencias: 7/1994, de 17 de enero y 95/1999, de 31 de mayo; la primera otorgó el amparo frente a una sentencia que había desestimado la demanda de reclamación de la filiación extramatrimonial y la segunda lo denegó frente a la sentencia que sí había estimado la demanda; en ambos casos, el demandado se había negado a la práctica de la prueba biológica. En ambas se mantiene la misma doctrina: la prueba biológica no puede considerarse degradante, ni contraria a la dignidad de la persona; no atenta a los derechos a la intimidad, ni a la integridad física, con excepciones que pueden darse en un sujeto concreto; por el contrario, las partes —en este caso, el demandado— tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas acordadas por la autoridad judicial. Es definitiva la frase que se halla literalmente en la primera de las sentencias y cuya idea se mantiene en la segunda: «no es lícito, desde la perspectiva de los artículos 24.1, 14 y 39 de la Constitución Española que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos

de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial».

La jurisprudencia de esta Sala se recoge, esencialmente y como sentencias más recientes, en las de 22 de mayo de 2000 y 22 de noviembre de 2000, que afirman que la negativa a la prueba biológica, «puesta en relación con las demás pruebas aunque no sean más que indiciarias e insuficientes para apreciar probada por sí solas la paternidad, permite la declaración de la misma» y transcriben y hacen suya la doctrina que plasmó la indicada Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero. Lo cual es reiterado en la Sentencia de 24 de mayo de 2001 que, a mayor abundamiento, destaca «la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso (artículo 118 de la Constitución Española)» y «... los derechos de los hijos que se garantizan en el artículo 39 de la Constitución Española, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas», cuya negativa, «coloca al otro litigante en una situación de indefensión contraria al artículo 24.1 de la Constitución Española». Por último, las de 3 de noviembre de 2001 y 27 de diciembre de 2002 reiteran la misma doctrina y, ante la negativa del demandado de someterse a la prueba biológica, estiman la demanda y declaran la paternidad del mismo.

En consecuencia, es clara la desestimación de los dos motivos del recurso de casación, ambos formulados al amparo del núm. 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, el primero por infracción del artículo 135 en relación con los artículos 127 y 1253 del Código Civil y el segundo por infracción de la jurisprudencia.

En ambos motivos se mantiene que no hay prueba suficiente de la paternidad del demandado recurrente en casación y que la negativa no es una *ficta confessio*.

Tal como se ha dicho al recordar la doctrina jurisprudencial y la del Tribunal Constitucional

no se trata de una cosa ni otra. Se han acreditado una serie de pruebas indiciarias que la sentencia recurrida ha analizado prolijamente y a ello se ha unido la negativa a la prueba que podía acreditar, sin lugar a dudas, la paternidad del demandado: éste se niega sin causa justificada alguna; es claro que no puede sufrir el menor la negativa de la filiación por la obstrucción a una prueba. Por tanto, reiterando la jurisprudencia expuesta, procede la declaración de paternidad que han hecho las sentencias de instancia, desestimando el recurso, con imposición de costas al recurrente y pérdida del depósito.

FILIACIÓN

Estimación de la impugnación de la paternidad de un menor nacido dentro de los 180 días siguientes a la celebración del matrimonio al descubrir el esposo su padecimiento de esterilidad.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Don Juan Enrique, interpuso demanda de impugnación de paternidad contra doña Maribel, y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que «a) Se declare que don Juan Enrique no es el padre de la menor inscrita en el Registro Civil como Fátima. b) Se ordene lo necesario para la rectificación en el Registro Civil de los apellidos de la referida menor, sustituyéndolos por los que con arreglo a Derecho corresponda, así como aquellas otras menciones que resulten incompatibles con la nueva situación derivada de la estimación de la presente demanda. Todo ello con expresa condena en costas a los demandados».
- ⦿ Compareció el demandado con Abogado y Procurador y contestó a la demanda suplicando se declarase sentencia «que desestime la demanda con la imposición de las costas al actor». Compareció el Ministerio Fiscal formulando oposición a los hechos objeto de la demanda en tanto no sean probados.
- ⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 12 de Granada dictó Sentencia el 10 de diciembre de 1997 estimando la demanda
- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Granada dictó Sentencia el 26 de enero de 1999 estimando el recurso y revocando la sentencia al declarar la caducidad de la acción.
- ⦿ Don Juan Enrique interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia del Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo acusa a la sentencia recurrida de infracción, por aplicación indebida, del artículo 136 del CC. En su defensa se expone que la Audiencia aprecia la caducidad de la acción ejercitada en base al precepto citado, cuando no fue ésta la interpuesta por el recurrente, sino la de impugnación contemplada en el artículo 141. La menor Yessica nació a los 167 días del matrimonio del actor con la demandada, y fue quien procedió a su inscripción en el Registro Civil reconociéndola como hija propia, por lo que su filiación matrimonial no es la consecuencia de la presunción legal de paternidad, sino el resultado de una situación en la que la voluntad del actor de reconocer como propia a la hija concebida por la demandada se evidencia por actos concluyentes, como son la propia celebración del matrimonio con ella, y la inscripción registral del nacimiento efectuada por él. Afirma que, cuando es el padre el que formula la declaración, es pura y simplemente un acto de reconocimiento de la paternidad, susceptible por tanto de ser impugnado por la vía del artículo 141, en relación a los 138 y 117, cuando estuviere viciado por alguna causa que determinase su nulidad. El artículo 136, aplicado indebidamente, según el recurrente, por la sentencia recurrida, no comprende más que los supuestos estrictamente referidos a la presunción de paternidad matrimonial del artículo 116, pues en otro caso —sigue diciendo el recurrente— se dejaría carente de toda eficacia o virtualidad al artículo 138 y por su remisión, al artículo 141.

El motivo segundo y último, en consonancia con aquél, acusa la infracción por inaplicación del artículo 141, en relación al 117 y 138, todos del Código Civil, apoyándose en que hay un reconocimiento tácito de la paternidad por el hecho de haber contraído el actor matrimonio con la demandada creyéndose que estaba embarazada de él a consecuencia de las relaciones sexuales que mantenían. Por otra parte, la inscripción del nacimiento de la menor, practicada a partir de la propia declaración del actor ante el encargado del Registro Civil, sólo puede configurarse como un reconocimiento de paternidad.

Ambos motivos, cuyos argumentos esenciales se han expuesto, se estiman. En el caso litigioso estamos en presencia del nacimiento del menor durante el matrimonio, pero dentro de los ciento ochenta días siguientes a su celebración, que es el supuesto previsto y regulado en el artículo 117 del CC y en el que el ex marido no pudo lógicamente destruir la presunción de paternidad matrimonial mediante

su declaración auténtica en contrario, debido a que estaba incurso en las dos excepciones que en el citado precepto imposibilitan el desconocimiento de la paternidad. La filiación matrimonial se asienta en reconocimientos de la misma por el actor, como puede apreciarse de la exposición de los hechos probados en que se basan las fundamentaciones de los dos motivos. Así las cosas, no puede aceptarse el criterio de la sentencia recurrida, que estimó caducada la acción de impugnación de la paternidad matrimonial por aplicación del artículo 136, cuando el que debió serlo es el artículo 138, inciso primero. Según su texto, existen reconocimientos que determinan conforme a la Ley una filiación matrimonial, y la Sentencia de esta Sala de 20 de junio de 1996 declaró que ello implicaba la remisión, entre otros preceptos, al artículo 117.

La estimación de los dos motivos del recurso llevan consigo la casación y anulación de la sentencia recurrida, y la necesidad de dar cumplimiento a lo ordenado en el artículo 1715.1.3 LEC.

La demanda de impugnación de la paternidad matrimonial se interpuso por el actor con fecha 18 de julio de 1996, y el error en que la fundamenta lo descubrió el 31 de mayo anterior. Tal error consiste en dictamen de la Unidad de Reproducción Humana del Departamento de Obstetricia y Ginecología del Hospital Universitario «Virgen de las Nieves», de Granada, que señala como causa de la esterilidad del actor «azoospermia con atrofia testicular (Prader 8-A) de origen genético (síndrome de Klinefelter), según su cariotipo (46 XXY)» por lo que, expresa el referido dictamen, «verosímilmente no ha tenido nunca posibilidad de generar hijos». Se aportó como prueba documental por el actor en su demanda, siendo corroborado ampliamente dentro del período probatorio por la testifical del Dr. Juan Pablo, DIRECCIÓN de Sección de la Unidad de Reproducción Humana antes consignada.

El actor propuso como prueba también la de investigación de la paternidad, la cual fue admitida. Se practicó en su persona, pero no en la de la menor cuya filiación impugna por su negativa en el acto a la extracción de sangre, aunque antes había consentido y fue al hospital indicado por el Juzgado en compañía de su madre y legal representante (la demandada doña Maribel). Esta falta de práctica de la prueba biológica no puede originar consecuencias negativas para la pretensión del actor, pues no estaba en absoluto en su mano el que la prueba en cuestión se realizase o no.

Todo ello fundamenta la verosimilitud de que el actor erró al tener dicha menor como hija matrimonial, por lo que debe estimarse su demanda impugnatoria, ya que la acción se ha interpuesto dentro del plazo fijado en el artículo 141. No existe en autos la más mínima prueba

de que conociese con anterioridad su anomalía genética.

En consecuencia, se confirma el fallo estimatorio de la sentencia de primera instancia, que se revocó en apelación por la sentencia casada y anulada.

FILIACIÓN

Legitimación del progenitor extramatrimonial para reclamar e impugnar la filiación matrimonial al hacerse una interpretación más flexible del artículo 133 del CC, sin que sea aplicable el plazo de caducidad del artículo 137 del CC.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Don Juan María interpuso demanda de reclamación de filiación no matrimonial contra don Diego y doña Patricia y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que se declare la filiación no matrimonial de José Carlos y Fermín, ordenando anular la inscripción contradictoria del Registro Civil y subsidiariamente se condene a los demandados a permitir el mantenimiento de las relaciones personales entre Fermín y José Carlos con su padre natural, don Juan María, señalando para ello días de visita y estancia.
- ⦿ Comparecieron los demandados con Abogado y Procurador y contestaron a la demanda suplicando se dicte sentencia desestimando la demanda y condenando al actor al pago de las costas del procedimiento. Compareció el Ministerio Fiscal formulando oposición a los hechos objeto de la demanda en tanto no sean probados.
- ⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 5 de Orihuela dictó Sentencia el 2 de septiembre de 1997 estimando la demanda.
- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Alicante dictó Sentencia el 18 de enero de 1999 desestimado el recurso interpuesto por los demandados.
- ⦿ Don Diego y doña Patricia interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Alega el recurrente la infracción del artículo 862 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no haber admitido por la Audiencia Provincial la práctica de determinadas pruebas, lo que reproduce en otro motivo, por infracción del artículo 24 de la Constitución Española.

Los motivos se desestiman, porque la denegación del recibimiento a prueba no produce por sí

mismo indefensión (así, Sentencias de 15 de marzo de 2001, 19 de diciembre de 2001, 6 de junio de 2002, 11 de diciembre de 2002) y en el presente caso, como dice el Ministerio Fiscal en su dictamen impugnando el recurso, en primera instancia se practicaron numerosas pruebas, pero la más importante, la prueba biológica de paternidad, precisamente no pudo practicarse dos veces consecutivas por la actitud obstruccionista de los recurrentes, quedando

advertidos en la Propuesta de Providencia de fecha 15 de julio de 1997, en que se las citaba para practicar la prueba biológica el 24 de julio de 1997, bajo apercibimiento que en caso de no verificarlo les deparara el perjuicio a que hubiere lugar en derecho y llegado el día no comparecieron los recurrentes y los menores, haciéndolo el recurrido, por lo que ahora no pueden alegar indefensión en la prueba, cuando ellos precisamente han impedido una de las pruebas principales del proceso.

El otro motivo del recurso alega la infracción del artículo 137 del Código civil relativo a la caducidad de la acción de impugnación de la filiación matrimonial y de los artículos 131 y 133 respecto a la legitimación del padre extramatrimonial, demandante, para la llamada acción de investigación de la paternidad (extramatrimonial).

Aunque no se dice explícitamente en el suplico de la demanda, se ha ejercitado en el presente caso, tal como se expresa en el cuerpo de la demanda y se interesa la rectificación registral, la acción acumulada que prevé el artículo 134 de reclamación de la filiación extramatrimonial e impugnación de la filiación matrimonial contradictoria. Por tanto, el motivo se desestima. En primer lugar, no se aplica el plazo de caducidad del artículo 137 cuando se ejercitan acumuladamente las acciones de reclamación y de impugnación: así, las Sentencias de 28 de noviembre de 1992 y de 16 de diciembre de 1994.

En cuanto a la legitimación del padre extramatrimonial, la jurisprudencia de esta Sala la ha aceptado, aunque ciertamente no la prevé el artículo 133. Así, las Sentencias de 20 de junio de 2000 y 2 de octubre de 2000 dicen: «la jurisprudencia más reciente de esta Sala consolidó el reajuste interpretativo de los artículos 131, 133 y 134 que ya habían iniciado las Sentencias de 5 de noviembre de 1987, 22 de marzo de 1988, 19 de enero y 23 de febrero de 1990 y 8 de julio de 1991 para llegar a la doctrina contenida en las últimas Sentencias de 24 de junio de 1996, 30 de marzo de 1998 y 19 de mayo de 1998, que establecen y reconocen la legitimación del padre en los casos de filiación no matrimonial, al superarse la literalidad del artículo 133 del Código Civil que atribuye sólo legitimación al hijo, para decidirse por una interpretación más flexible, la que resulta más acomodada a los principios y filosofía de la institución de la filiación, como a su finalidad y toda vez que el artículo 134 del Código Civil legitima, en todo caso, al progenitor para impugnar la filiación contradictoria, también le está habilitando para que pueda ejercitar la acción de reclamación de filiación extramatrimonial. Tal legitimación ha de ser entendida no sólo para el proceso, sino también para la titularidad de la acción de defensa de un interés protegible».

El motivo quinto del recurso de casación, también se funda en el núm. 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de los artículos 1249 y 1253 del Código Civil relativos a la prueba de presunciones y mantiene la improcedencia del establecimiento de la paternidad del demandante. El motivo se desestima, por tres razones.

En primer lugar, por ser un hecho —las relaciones íntimas— admitido por la parte demandada, que no niega explícitamente la paternidad del demandante.

En segundo lugar, por la serie de pruebas indiciarias de la paternidad.

En tercer lugar, como razón definitiva unida a las anteriores, la negativa por los demandados a someter a los discutidos hijos, menores de edad, a la prueba biológica, directa y decisiva. La jurisprudencia de esta Sala es clara y reiterada y se resume en las Sentencias de 20 de septiembre de 2002, 27 de junio de 2003 y 21 de junio de 2004, en estos términos: La doctrina del Tribunal Constitucional viene plasmada, esencialmente, en dos Sentencias: 7/1994, de 17 de enero y 95/1999, de 31 de mayo; la primera otorgó el amparo frente a una sentencia que había desestimado la demanda de reclamación de la filiación extramatrimonial y la segunda lo denegó frente a la sentencia que sí había estimado la demanda; en ambos casos, el demandado se había negado a la práctica de la prueba biológica. En ambas se mantiene la misma doctrina: la prueba biológica no puede considerarse degradante, ni contraria a la dignidad de la persona; no atenta a los derechos a la intimidad, ni a la integridad física, con excepciones que pueden darse en un sujeto concreto; por el contrario, las partes —en este caso, el demandado— tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas acordadas por la autoridad judicial. Es definitiva la frase que se halla literalmente en la primera de las sentencias y cuya idea se mantiene en la segunda: «no es lícito, desde la perspectiva de los artículos 24.1, 14 y 39 de la Constitución Española que la negativa de una persona a que se le extraigan unos centímetros cúbicos de sangre deje sin la prueba más fiable a la decisión judicial que debe declarar la filiación de un hijo no matrimonial». La jurisprudencia de esta Sala se recoge, esencialmente y como Sentencias más recientes, en las de 22 de mayo de 2000 y 22 de noviembre de 2000, que afirman que la negativa a la prueba biológica, «puesta en relación con las demás pruebas aunque no sean más que indiciarias e insuficientes para apreciar probada por sí solas la paternidad, permite la declaración de la misma» y transcriben y hacen suya la doctrina que plasmó la indicada Sentencia del Tribunal Constitucional 7/1994, de 17 de enero. Lo cual es reiterado en la Sentencia de 24 de mayo de 2001 que, a mayor

abundamiento, destaca «la obligación constitucional de colaborar con los Tribunales en el curso del proceso» (artículo 118 de la Constitución Española) y «... los derechos de los hijos que se garantizan en el artículo 39 de la Constitución Española, las partes tienen la obligación de posibilitar la práctica de las pruebas biológicas», cuya negativa, «coloca al

otro litigante en una situación de indefensión contraria al artículo 24.1 de la Constitución Española». Por último, las de 3 de noviembre de 2001 y 27 de diciembre de 2002 reiteran la misma doctrina y, ante la negativa del demandado de someterse a la prueba biológica, estiman la demanda y declaran la paternidad del mismo.

PATRIA POTESTAD

No existe conflicto de intereses entre madre e hija menor de edad cuando ambas son demandadas en un procedimiento de apremio y por consiguiente no procede declarar la nulidad del juicio ejecutivo por no haberse nombrado un defensor judicial a la menor.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don José Ramón Ferrándiz Gabriel

ANÁLISIS DEL CASO

⦿ Doña Eva interpuso demanda de menor cuantía contra el Banco Central Hispano Americano; doña M.ª José, declarada en rebeldía; don Cristóbal, don Gonzalo y don Jesús Ángel, solicitando se dictase sentencia por la que se declare la nulidad de todas y cada una de las actuaciones procesales seguidas en el juicio ejecutivo 95/90 del Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Tarancón, desde la fecha de la diligencia de requerimiento de pago, embargo y citación de remate a los demandados o alternativamente desde el momento que resulte de ley, declarándose también nulo y sin efecto cualquier actuación del consiguiente procedimiento de apremio hasta el momento actual, retrotrayéndose las actuaciones al momento procesal oportuno, condenando a los demandados a estar y pasar por tales declaraciones, con la consiguiente condena en costas en caso de oponerse.

⦿ Admitida a trámite la demanda, ésta fue contestada por la representación de Banco Central Hispano Americano, y tras alegar los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación, terminó suplicando al Juzgado: «... dictar Sentencia por la que se desestime la demanda, y se absuelva libremente a mi representada de todos los pedimentos contra ella deducidos, declarando no haber lugar a la Nulidad de Actuaciones seguidas en el Juicio Ejecutivo 95/90, todo ello con expresa imposición de las costas de este procedimiento a la parte actora».

⦿ Asimismo, fue contestada la demanda por la representación procesal de don Gonzalo, don Cristóbal y don Jesús Ángel, alegando los hechos y fundamentos de derecho que estimó pertinentes suplicó al Juzgado: «... dictar Sentencia desestimándola íntegramente, condenando en el pago de las costas de manera expresa a la parte actora».

⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Tarancón dictó Sentencia el 15 de septiembre de 1997 desestimando la demanda.

⦿ En grado de apelación, la AP de Cuenca dictó Sentencia el 16 de marzo de 1998 desestimando el recurso interpuesto por doña Eva.

⦿ Doña Eva interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Doña Eva pretendió en la demanda rectora de este proceso la declaración de nulidad de un juicio ejecutivo que había seguido, varios años antes, Banco Central, SA contra ella, sus hermanos, todos herederos del difunto padre, y su madre, como cónyuge viudo, en el cual, tras la Sentencia de remate, se siguieron los trámites del apremio.

En dicha demanda había alegado la actora, como causa de la pretensión, un cúmulo de supuestos vicios procesales, de los que sólo ha incorporado al recurso de casación algunos, casi todos con un denominador común: fue menor de edad durante la tramitación del juicio ejecutivo que pretende anular y, en él, el modo en que su madre había ejercido su representación legal (con inactividad procesal que motivó la declaración en rebeldía) le habían producido indefensión.

En el primer motivo denuncia la recurrente el quebrantamiento de las formas esenciales del juicio por infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, con la consecuencia de haber sufrido indefensión. Ampara dicho motivo en el artículo 1692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, en relación con el artículo 1853 de la citada Ley procesal y los artículos 162.2, 163 y 299 del Código Civil. Alega la recurrente que, en el juicio ejecutivo precedente, cuya nulidad, según se ha dicho, insta, se había despachado ejecución contra sus bienes y los de su madre (y hermanos) en las condiciones respectivas de heredera y cónyuge viudo de su padre, que falleció sin testar. También afirmó que, en un juicio de testamentaria, en relación con la sucesión del mismo causante, el Juzgado de Primera Instancia competente, por considerar que entre ella y su madre había conflicto de intereses, le designó un defensor judicial. Por ello, concluye, la representación legal que ostentó su madre en el juicio ejecutivo había resultado, además de ineficaz (ya que, como se ha dicho, fue declarada en rebeldía procesal), absolutamente inválida y contraria a las normas antes mencionadas.

Los artículos 162.2 y 163 del Código Civil establecen una excepción a la representación legal por los padres de los hijos menores no emancipados (Sentencias de 17 de enero y 4 de marzo de 2003), que el artículo 299.1 del mismo Código extiende a otros supuestos. Se trata del defensor judicial, con precedente en el curador *ad hoc*, previsto para cuando en algún asunto exista conflicto de intereses entre los menores o incapacitados y sus representantes legales. En ciertos artículos del Código Civil, a propósito de justificar el nombramiento, se utilizan las palabras «conflicto de intereses» (artículos 299 y 162.2), mientras que en otros los

términos empleados son los de «interés opuesto» (artículo 163) o «incompatibilidad u oposición de intereses» (artículo 237 bis), que tienen un sentido semejante.

El conflicto de intereses lo toma en consideración el legislador, en defensa del menor (Sentencias de 17 de enero y 4 de marzo de 2003) y en relación con cada asunto concreto (artículo 299.1.º), razón por la que hay que estar a las circunstancias concurrentes para afirmar o negar su existencia.

Ese casuismo deriva de la excepcionalidad de la figura en relación con la regla general de representación de los hijos menores por sus padres (artículo 162.2). De ahí que la circunstancia de que en un juicio de testamentaria el órgano judicial competente hubiera entendido existente el conflicto entre los intereses de la ahora recurrente y su madre, que le representaba en él, no significa que ocurra lo mismo en todos los demás asuntos en los que deba operar la representación legal ni, en consecuencia, que la declaración efectuada en un proceso se extienda a supuestos distintos de los que la motivaron (Sentencias de 12 de junio de 1985 y 17 de enero de 2003).

Siendo deber de los padres ejercer la patria potestad en beneficio de los hijos sujetos a ella (artículo 154 del Código Civil), la excepción que, para el concreto ejercicio de la representación que la norma les atribuye, significa la actuación del defensor judicial ha de estar justificada por la inutilidad de aquella para cumplir, en el caso concreto, el antes mencionado fin.

De ahí que la situación de conflicto se identifique con supuestos en los que sea razonable entender que la defensa por los padres de sus propios intereses irá en detrimento de los de los hijos (Sentencias de 17 de enero y 5 de noviembre de 2003). Es claro, por otro lado, que el que los intereses de padres e hijos sean distintos no implica necesariamente incompatibilidad, pues es posible que todos concurren y que resulte admisible una defensa conjunta.

La aquí recurrente tenía, como nuda propietaria de los bienes que habían sido de su padre y causante, unos intereses distintos a los de su madre, usufructuaria de ellos, en el juicio ejecutivo en que se despachó ejecución contra los bienes relictos. Incluso, entre uno y otro derecho, sobre el mismo objeto, se da en abstracto una contraposición natural, por cuanto el usufructo limita el derecho del propietario, el cual, por la elasticidad de la propiedad, recupera las facul-

tades integradas en el derecho limitativo cuando éste se extinga.

Sin embargo, no puede afirmarse que la negación de la existencia de conflicto efectuada en la instancia no esté basada en una correcta valoración de las circunstancias concurrentes, pues de éstas resulta una perfecta compatibilidad en la defensa de ambos derechos. Es evidente que la madre, al defender su usufructo ante una ejecución despatchada contra los bienes usufructuados, podía defender, sin sacrificio alguno, la nuda propiedad de su hija. Los instrumentos de defensa eran los mismos y en esa concreta situación no era necesaria la designación de un defensor judicial.

El motivo debe, por ello, fracasar.

Con fundamento en el artículo 1692.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, la recurrente denuncia (motivo segundo) la infracción de las normas que rigen los actos y garantías procesales, con el resultado de haber sufrido indefensión. Niega que en el juicio ejecutivo de constante referencia hubiera tenido lugar la comparecencia exigida en el artículo 2 de la misma Ley, por medio de su representante legal. Añade que dicha representación legal no se había ejercido por su madre, sino que fue renunciada, dado que su ascendiente no realizó actuación alguna en su defensa, razón por la que fue declarada en rebeldía. Como causa del motivo tercero, que se examina con el anterior al responder a un mismo planteamiento, denunció la recurrente haber sufrido indefensión en el juicio ejecutivo, con violación del artículo 24 de la Constitución Española, en relación con el artículo 5.4 de la Ley 6/1985, de 1 de julio, Orgánica del Poder Judicial. Ambos motivos deben fracasar.

La madre de la recurrente la representó cuando recibió su citación de remate y cuando optó por no personarse en el juicio. La representación, que constituía un deber para ella, no era renunciable (ello al margen de que no hay dato alguno que permita entender que se intentó renunciar). En conclusión, la madre llevó a cabo la gestión representativa de su hija en el juicio ejecutivo, mediante un comportamiento omisivo, del que, en todo caso, derivó la heteroeficacia propia de la representación.

De otro lado, no puede considerarse violentada la regla de audiencia, que es esencial en el proceso

civil. Las Sentencias del Tribunal Constitucional 135/1986, de 31 de octubre, y 220/2002, de 25 de noviembre, señalan que el artículo 24.1 de la Constitución Española incluye en las garantías que tutela la protección del derecho de todo posible litigante a ser oído y a disponer de todas las posibilidades de oposición y defensa en juicio. Sin embargo, esas normas no se infringen cuando es la parte la que, en ejercicio de su libre y consciente determinación, opta por no personarse en las actuaciones de las que tiene noticia en los términos exigidos por la norma (ello al margen de que el comportamiento omisivo causante de la declaración de rebeldía no tiene un significado unívoco, pues tanto puede deberse a desinterés como a reconocimiento del derecho del demandante).

En el último motivo doña Eva denuncia, con fundamento en el artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil de 1881, infracción por inaplicación del artículo 1494 de la misma Ley. Aduce que en el procedimiento de apremio que siguió a la Sentencia de remate en el juicio ejecutivo fueron tasadas unas fincas que habían sido embargadas, sin tener en cuenta el perito «las edificaciones e instalaciones fijas existentes» en ellos. Hizo referencia la recurrente a la Sentencia de 4 de junio de 1993, referida a un caso en que se había embargado y valorado para determinar el tipo de la subasta un terreno, sin tener en cuenta la edificación existente en el mismo, y en la que esta Sala declaró que la adquirente, cesionaria del remate, se había enriquecido sin causa.

El motivo debe fracasar, ya que el perito tuvo en cuenta la existencia de las edificaciones a que se refiere la recurrente, según resulta de la descripción de las fincas embargadas que contiene su dictamen (en el que se hace expresa referencia a una nave y a un pozo con caseta e instalaciones para riego) y no hay dato alguno que permita suponer que el valor de esas construcciones no fue incluido en el total al tasar el de las fincas de que formaban parte, al margen del criterio aplicado para hacerlo, que no provocó reacción alguna en dicho proceso por parte de la representación de la ahora recurrente.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Eficacia del acuerdo transaccional suscrito por los cónyuges para liquidar la sociedad de gananciales que no se ve afectado por las facultades revisoras que el artículo 90 del CC otorga a los tribunales.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.^a, SENTENCIA DE 2 DE MARZO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Pedro González Poveda

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Roberto y doña Andrea contrajeron matrimonio el día 28 de agosto de 1986, bajo el régimen de gananciales.
- ⊙ En el mes de enero de 1985, don Roberto cesó la convivencia matrimonial con doña Andrea.
- ⊙ El día 22 de septiembre de 1993 recayó sentencia de Divorcio dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sagunto, en la cual se estimó la demanda de Divorcio ejercitada por doña Andrea. Firme la sentencia, se instó por esta parte su ejecución para proceder a la liquidación de la Sociedad de Gananciales. El Juzgado dictó Auto el 8 de junio de 1994, suspendiendo el trámite iniciado, por existir discrepancias en cuantos a los bienes a incluir en el inventario, remitiendo a las partes al Juicio declarativo que correspondiera por la cuantía.
- ⊙ Por don Roberto, se interpuso demanda de Juicio Declarativo ordinario de Menor Cuantía, contra doña Andrea, con objeto de delimitar los bienes gananciales, ante las discrepancias existentes en el acta de formación de inventario (en ejecución de sentencia del Divorcio 403/92 de Primera Instancia núm. 2 de Sagunto). El conocimiento de dicho Menor Cuantía correspondió al Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Sagunto. Con motivo de las conversaciones entre ambas partes, se llegó a un acuerdo transaccional que fue suscrito por ambas partes el día 9 de diciembre de 1994. En dicho contrato el actor se comprometía entre otras cosas (cláusula 5.^a), a desistir del procedimiento de menor cuantía antes referido. Dicho desistimiento se materializó por escrito de esta parte de 12 de diciembre de 1994, proveído por el Juzgado el día 20 de diciembre de 1994 y ratificado por el actor el día 20 de febrero de 1994.
- ⊙ Don Roberto interpuso demanda de menor cuantía contra doña Andrea, en la que solicitaba que se dictase sentencia por la que: 1.º Se apruebe la liquidación de la sociedad de gananciales entre don Roberto y doña Andrea, instrumentada en el cuaderno-particional que se incorpora a la parte demandada. Se declare que procede liquidar la sociedad de gananciales entre don Roberto y doña Andrea de conformidad con las operaciones particionales que se incluyen en el hecho décimo-quinto de la presente demanda o con las que estimen procedentes el Juzgador. 2.º Se condene a la demandada a estar y pasar por dicha declaración y a otorgar la correspondiente escritura pública la liquidación de la sociedad de gananciales conforme a las referentes operaciones particionales y al pago de las costas procesales si se opusiese.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda se emplazó la demandada para que en el plazo de veinte días compareciera en autos y contestase a la demanda, transcurrido el plazo sin que lo efectuara, fue declarada en rebeldía, mediante providencia dictada el 7 de septiembre de 1995, si bien posteriormente se personó en los autos.

- El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Sagunto dictó Sentencia el 11 de septiembre de 1996 desestimando la demanda y condenando en costas a la parte actora.
- En grado de apelación, la Sec. 7.^a de la AP de Valencia dictó Sentencia el 28 de noviembre de 1997 estimando el recurso interpuesto por el demandante don Roberto, y revocando la sentencia del juzgado declaró que procede liquidar la sociedad de gananciales disuelta con arreglo de inventario y bases estipuladas en el documento transaccional de 9 de diciembre de 1994, lo que se efectuará en ejecución de sentencia, condenando a la demandada doña Andrea a estar y pasar por tales declaraciones, sin especial pronunciamiento en cuanto a las costas causadas en ambas instancias.
- Doña Andrea interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Con base en cuatro motivos, doña Andrea recurre en casación la sentencia dictada por la Audiencia Provincial de Valencia, Sec. 7.^a, pretendiendo que no se le otorgue eficacia alguna al acuerdo transaccional que suscribieron los ex cónyuges para liquidar la sociedad de gananciales y que sirvió para poner fin al procedimiento judicial de liquidación. Todos los motivos son desestimados por el Tribunal Supremo.

El motivo primero se fundamenta al amparo del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil en la infracción de las normas jurídicas contempladas en los artículos 6, 90, 95, 1255, 1392.1, 1397, 1398, 1809 y 1814, todos del Código Civil y artículo 24 de la Constitución, referido este último a la falta de tutela judicial efectiva, infringidos todos ellos por la sentencia recurrida en casación. Aparte de constituir su fundamentación una mera glosa de los razonamientos de la sentencia de primera instancia que pretende contraponerse a la que es objeto de este recurso, el motivo no puede prosperar de acuerdo con la reiterada doctrina de esta Sala recogida en la sentencia de 13 de febrero de 2003, según la cual «se infringe el artículo 1707 de la Ley de Enjuiciamiento Civil cuando se utiliza una enumeración global de preceptos atendiendo indiscriminadamente a normas del ordenamiento jurídico de diverso contenido trayendo al ámbito del motivo un acervo normativo cuya heterogeneidad es contraria a la más mínima exigencia de claridad implícita en los artículos 1692 y 1707 (Sentencias de 1 de febrero de 1989, 27 de junio de 1992, 20 de octubre de 1993); o la invocación de preceptos legales diversos, como expresa la Sentencia de 22 de enero de 1992; y que no cabe acumular en un mismo motivo la infracción de preceptos dispares (Sentencia de 23 de junio de 1992)»; la disparidad de los preceptos alegados y la falta de relación entre ellos es evidente, lo que hace plenamente aplicable al caso la citada doctrina.

El segundo motivo residenciado en el ordinal 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por falta de claridad de la sentencia de segunda instancia lo que implica según el motivo, una infracción del artículo 359 de la Ley de Enjuiciamiento Civil. Se argumenta que la sentencia *a quo* omite pronunciarse sobre alguna de las peticiones contenidas en la demanda; se alega así una incongruencia omisiva para lo cual sólo se encuentra legitimada la parte cuyas pretensiones no hayan obtenido la pertinente respuesta del órgano judicial, en este caso, el demandante que formuló las peticiones supuestamente inatendidas de pronunciamiento. En consecuencia, se desestima el motivo.

El motivo tercero que se encauza por el ordinal 4 del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción de las normas jurídicas contenidas en los artículos 13, 30.1, 38.1, todos de la Ley de arbitraje de 30/1988, y el artículo 24 de la Constitución. Se argumenta que el acuerdo firmado el 9 de diciembre de 1994, además de ser un acuerdo transaccional, contiene un convenio arbitral; por lo tanto, al homologar la sentencia de segunda instancia el acuerdo transaccional firmado el 9 de diciembre de 1994, parece haber homologado al mismo tiempo el convenio arbitral inmerso en él. La recurrente no parece haber leído el fallo de la sentencia contra la que recurre al hacer tales afirmaciones, y, por otra parte, los preceptos alegados incumplen la exigencia del artículo 1692.4 de la Ley de Enjuiciamiento Civil al no ser aplicables para resolver la cuestión objeto de debate; procede, por ello, desestimar el motivo.

El motivo cuarto al amparo del artículo 1692.4 está fundamentado por la infracción de las normas jurídicas contempladas en los artículos 4.1 y 90 del Código Civil, artículos referentes a las reglas de interpretación de las normas jurídicas, permitiendo la aplicación analógica del artículo 90, referente a la no aprobación de los acuerdos entre

los cónyuges cuando éstos perjudiquen a uno de ellos o a sus hijos. Igual suerte desestimatoria ha de correr el motivo cuarto en que se denuncia infracción de los artículos 4.1 y 90 del Código Civil. Aparte de que en el presente caso se está ante un convenio transaccional, regido por sus propias normas, y no ante convenio regulador de

los efectos del divorcio, respecto al cual se atribuyen al juzgador determinadas facultades revisoras no extensibles a otros supuestos contractuales, en ningún momento la parte ahora recurrente, que no contestó a la demanda ni solicitó la práctica de prueba alguna, ha acreditado el perjuicio que ahora invoca.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

No es obstáculo para el ejercicio de la acción de rescisión por lesión de la liquidación de gananciales, ni va en contra de los actos propios, que los cónyuges otorgasen escritura pública de liquidación de la sociedad, ya que ha quedado acreditada la lesión al detectarse un valor real de los inmuebles muy superior al consignado en el inventario.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.^a, SENTENCIA DE 17 DE MAYO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Begoña interpuso demanda de menor cuantía contra don Carlos María solicitando se declarase la nulidad de escrituras públicas de capitulaciones matrimoniales y liquidación de la sociedad conyugal otorgadas el 19 de octubre de 1988, con todas las consecuencias inherentes a dicha declaración, y muy especialmente restitución al primitivo estado de la sociedad disuelta, y devolución a la actora de todo lo apropiado indebidamente por su esposo. Subsidiariamente, la rescisión por lesión en más de la cuarta parte de la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales. Además, como consecuencia de las declaraciones anteriores, se solicitaban las de índole registral respecto del Registro de la Propiedad.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando se dictase sentencia «se desestimase la demanda con imposición de costas a la parte actora».
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 1 de Collado Villalba dictó Sentencia el 14 de diciembre de 1996 estimando parcialmente la demanda y rescindiendo por lesión la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales, otorgada por la actora y demandado el día 19 de octubre de 1988, devolviendo ambas partes los bienes adjudicados y procediéndose a efectuar una liquidación valorándose los bienes inmuebles conforme al valor recogido en esta resolución y debiéndose realizar una nueva valoración de la parcela en la que está situada la nave industrial, sin hacer expresa condena en las costas causadas.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 18.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 7 de enero de 2000 desestimando el recurso y confirmando la sentencia del juzgado.
- ⊙ Don Carlos María interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo primero del recurso acusa infracción de los artículos 7 y 1325 CC, en el particular de la prohibición de contravenir los actos propios, y de la doctrina jurisprudencial que los desarrolla. Su fundamentación se basa en que la actora carece de acción para solicitar la rescisión de la liquidación de la sociedad de gananciales que había existido entre ambos, porque otorgó libre y conscientemente la escritura pública en que aquélla se formalizó lo mismo que el convenio regulador de su separación matrimonial del demandado, hoy recurrente, aprobado judicialmente. De ello se deduce necesariamente que existe un acto propio de la actora incompatible con su pretensión de rescisión.

El motivo se desestima. La rescisión por lesión de la liquidación está consentida por el Código civil (artículos 1410 y 1074) para reparar agravios económicos sufridos en la partición, no porque existe un vicio en el consentimiento de los que la llevan a cabo: la rescisión presupone actos o negocios jurídicos válidos (artículo 1290), por lo que no puede admitirse la tesis del recurso; bastaría entonces la validez del acto, lo que implica un auténtico consentimiento libre de vicios, para que la lesión económica no pudiese ser corregida, con lo cual se hacen inútiles las normas legales que la acogen. Tampoco puede ser acogida la prohibición de ir contra los propios actos porque la rescisión por lesión es una excepción muy cualificada de carácter legal, que es incompatible con aquella doctrina. Si el negocio jurídico válido es susceptible de perder sobrevenidamente su eficacia por lesión, no es razonable sostener en su contra que quien lo celebró va contra sus propios actos al atacarlo por lesión.

El motivo segundo acusa infracción del artículo 1214 en relación con el artículo 1074, ambos del Código Civil, y doctrina jurisprudencial que se cita. La queja casacional del recurrente es la siguiente: «La sentencia recurrida ni obliga a la parte actora a probar (como debiera de serle exigido) el valor de la totalidad del patrimonio por virtud de cuya lesión en más de la cuarta parte la rescisión se opera, sino que, yendo más allá y en el momento en el que el demandado aduce tal ineficacia por incompleta de la valoración efectuada (para ello dar lugar a la rescisión que se decreta), desplaza sobre él la carga de tener que probar el valor de unos determinados bienes, valorados en su momento por ambas partes de mutuo acuerdo en la mitad del patrimonio atribuido, obligándole a éste y no la actora (como debiera de exigirse), a efectuar cumplida prueba de la valoración de tales elementos patrimoniales».

Para juzgar este motivo hay que partir de la base fáctica de la escritura de liquidación de la sociedad de gananciales cuya rescisión por lesión en más de la cuarta parte se ha declarado por la sentencia recurrida. En aquélla, se ha realizado el inventario de bienes, describiendo y valorando los inmuebles, y respecto a otros de distinta naturaleza no se hace constar sino lo siguiente: Valores y metálicos en diversos Bancos, por importe de 14.400.000 pesetas. En esta misma cantidad se valoraron el conjunto de los inmuebles, que se adjudican al demandado de rescisión, hoy recurrente, mientras que a la actora se le adjudicaron aquellos valores y metálico, que no se describieron lo más mínimo. La valoración pericial efectuada en período probatorio tuvo por objeto sólo los inmuebles, detectándose un valor real muy superior al consignado en el inventario. La actora alegó que no había recibido nada por su parte, y el demandado no probó en absoluto la falta de veracidad de la declaración, cuando tan fácil le hubiera sido la prueba de hechos positivos demostrativos de que hubo entrega. Así las cosas, es razonable el fundamento de derecho cuarto de la sentencia recurrida, rechazando que fuese necesario para acceder a la rescisión la valoración de todos los bienes. Dice al efecto: «sostiene que no se produjo la tasación de los valores que le fueron adjudicados a la esposa junto con el dinero en metálico, al respecto el argumento no es en absoluto baladí y tiene suficiente calado para poder decretar la revocación de la sentencia de instancia si no fuera porque por la demandante se sostiene que no percibió ni dinero ni valores de ninguna clase, por lo que no le puede ser exigida la aportación de dichos valores o la designación de los mismos a los efectos de tasación pericial, debiendo ser por tanto la parte demandada quien sostuviera y acreditara cuáles fueron los valores mobiliarios que le fueron entregados a la esposa y preguntado en confesión judicial al respecto manifiesta que no recuerda qué valores le fueron entregados, lo que supone la imposibilidad absoluta de la valoración pretendida y en consecuencia habrá de estarse al valor del metálico que se dice de 14.400.000 pesetas».

Así pues, al no haberse podido valorar lo adjudicado a la actora, queda firme la del inventario de la escritura de liquidación, y valorados sólo los inmuebles. La reconstrucción del acervo en su valor real referido a la época que el artículo 1074 consigna se ha conseguido por estas dos vías.

Por otra parte, no es un obstáculo que impida el ejercicio de la acción rescisoria por lesión en más de una cuarta parte el que el accionante se confor-

me, o tenga que conformarse, con valoraciones de bienes efectuadas en el inventario, por estimar que la lesión se produce en la de otros bienes distintos.

El motivo tercero, acusa infracción del artículo 1074 CC. La fundamentación descansa en que la sentencia recurrida ha dejado para la ejecución de sentencia la valoración de uno de los inmuebles, por lo que no ha podido determinarse el valor de todos los bienes inventariados, y, en consecuencia, no ha debido declararse la existencia de lesión. La argumentación del motivo sería acogible si la valoración que se deja para ejecución de sentencia fuese decisiva para determinar la existencia de la lesión. Es obvio que ésta no podría declararse en la sentencia, sujetándola al resultado futuro de la valoración. Pero esto no ocurre aquí, porque la sentencia recurrida reconoce, con la de primera instancia, que aun prescindiendo de la valoración de un inmueble en la prueba pericial por no compartir su resultado en ese punto, sí se ha acreditado la existencia de lesión en más de la cuarta parte.

Este criterio es razonable. En la división del patrimonio ganancial, el valor total asignado a los inmuebles fue el de 14.400.000 pesetas y el de los valores y metálico (sin ninguna especificación) igual, es decir, el acervo partible valía 28.400.000 pesetas. La prueba pericial ha acreditado que el de los inmuebles era realmente el de 48.656.500 pesetas, incluyendo como valor del inmueble (al que se refería el aspecto de la pericia no aceptada por la sentencia) el de la escritura de liquidación.

Es obvio que al recibir la actora 14.400.000 pesetas en valores y metálico exclusivamente sufrió una lesión en más de la cuarta parte, de modo manifiesto, que es lo exigido por el artículo 1074, no la cantidad exacta a la que llegue tal lesión superior a dicha cuarta parte, por lo que puede quedar dicha cuantificación definitiva para ejecución de sentencia. Negar la rescisión por ello llevaría a resultados evidentemente injustos si ninguna justificación legal. Por todo ello el motivo se desestima.

El motivo cuarto acusa infracción del artículo 1077 CC, al no haberse reconocido y consignado en la sentencia el derecho que corresponde al demandado entre indemnizar el daño o consentir que se proceda a nueva partición. Dice el recurrente: «Partiendo del inconcuso principio, incluso constitucionalmente proclamado, de que las sentencias deben ejecutarse y cumplirse “en sus propios términos”, dados aquellos en que aparecen pronunciadas las dictadas en este caso por los órganos jurisdiccionales inferiores resultaría que el demandado recurrente no podría ejercitar ese derecho de opción de que la Ley le condene incondicionalmente, pues que no le aparece reconocido en el fallo».

El motivo se desestima. El demandado tiene la opción del artículo 1077 por imperativo legal, no depende para su ejercicio de que la sentencia se la reconozca, y el mismo lo podrá efectuar en la fase procesal que le interese, pues el precepto no indica nada al respecto. Por tanto, no hay inconveniente que lo haga en ejecución de sentencia, para evitar una nueva partición.

REGÍMENES ECONÓMICO-MATRIMONIALES

Acreditado que en el momento de la adjudicación las fincas atribuidas al esposo en la liquidación de la sociedad de gananciales tenían un valor muy superior al que se hizo constar en la escritura de liquidación, procede estimar la acción de rescisión por lesión en más de una cuarta parte, debiendo partirse como plazo inicial para el cómputo de la caducidad la fecha del otorgamiento de la escritura de liquidación y no la del convenio regulador de la separación.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ El 19 de noviembre de 1990, don Armando y doña Eva suscribieron convenio regulador de su separación matrimonial en la forma dispuesta en el artículo 90 del Código Civil con el compromiso de ratificarlo en presencia judicial.

⦿ Presentado ante el Juzgado dicho convenio regulador y solicitado en su escrito de demanda la separación y su enjuiciamiento por la vía no contenciosa desarrollada en la Disposición Adicional Sexta de la Ley 30/1981, de 7 de julio, se ratificó el mismo por ambos cónyuges.

⦿ El Juzgado declaró la separación consensual de los cónyuges con aprobación en todas sus partes del convenio regulador acompañado, dictando Sentencia en fecha 6 de marzo de 1991.

⦿ El pacto X del convenio, referido a liquidación y resolución del régimen económico del matrimonio dice lo siguiente: «Que el régimen económico del matrimonio es el de gananciales previsto en el artículo 1316 del Código Civil, cuya liquidación y disolución procede como consecuencia de la separación peticionada por ambos y de la consiguiente sentencia por la que se declare haber lugar a la misma según dispone el artículo 1392 del Código Civil. En su consecuencia y en orden a la correspondiente liquidación en su día de la expresada sociedad de gananciales acuerdan proceder a la liquidación de la “sociedad de gananciales” por cuyo régimen económico se ha regido el matrimonio hasta la fecha adjuntándose al esposo los siguientes bienes: a) El piso NÚMooo de la AVENIDAoooo, número NÚMoor de Barcelona, que pertenece por mitad y proindiviso a ambos cónyuges. b) Plaza de aparcamiento ubicada en el mismo inmueble, AVENIDAoooo número NÚMoor. Y a la misma esposa, la totalidad de los saldos de la cuentas corrientes y de ahorro mantenidas conjuntamente por ambos esposos. Con ello quedan compensados los haberes de ambos cónyuges sin que se produzca transmisión patrimonial alguna entre ellos. En cumplimiento de lo convenido los cónyuges se comprometen a otorgar la correspondiente escritura de “capitulaciones matrimoniales”, en la que se recogerán los acuerdos anteriores en el plazo de dos meses a partir de la firmeza de la sentencia que dicte el Juzgado en pleito de separación matrimonial por mutuo acuerdo que plantearan ambas partes conjuntamente».

⦿ El día 23 de mayo de 1991, ante la Notaría de Barcelona de don Roberto Follia Camps, número 1348/91, se otorgó la escritura de capitulaciones matrimoniales con inventario y avalúo de los bienes gananciales. El referido piso por valor de 1.500.000 pesetas, la plaza de aparcamiento por valor de 500.000 pesetas; y el saldo existente en la cuenta corriente de la Caixa de Cataluña (Sucursal calle Industrial), ascendente a 2.000.000 de pesetas.

⦿ Doña Eva interpuso demanda de menor cuantía contra don Armando solicitando que se dictase sentencia por la que estimando la primera de las acciones ejercitadas se declare la total ausencia de causa de la escritura de capitulaciones matrimoniales impugnada y, por tanto su nulidad por simulación absoluta y la de cuantas inscripciones registrales se hayan efectuado de la misma; subsidiariamente, estimando la segunda de las acciones ejercitadas, se declare la nulidad por simulación con exclusiva finalidad ilícita de la escritura de capitulaciones impugnada y consiguiente cancelación de cuantas inscripciones registrales se hayan practicado de la misma y; subsidiariamente, en defecto de todo lo anterior, como sea que ninguna atribución del patrimonio conyugal se ha efectuado en favor de mi principal, se declare la rescindibilidad de la tan citada escritura de capitulaciones matrimoniales por lesión en más de una cuarta parte del justo valor de los bienes a que la misma se contrae, condenando al demandado a estar y pasar por tal declaración y a que opte, dentro del improrrogable plazo que el Juzgado le ofrecerá dentro del período de ejecución de sentencia a indemnizar el daño irrogado o a efectuar una nueva partición ajustada a derecho con correlativa atribución de bienes a mi principal; condenándole, en todo caso, al abono de cuantos daños y perjuicios ha causado a mi mandante y sean acreditados dentro del indicado período de ejecución de sentencia, así como, expresamente, a las costas de esta *litis*.

⦿ Admitida a trámite la demanda, el demandado contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: «... dicte en su día sentencia por la que se desestime íntegramente la demanda con expresa imposición a la actora de las costas procesales».

- ⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Barcelona dictó Sentencia el 25 de marzo de 1997 estimando la demanda y declarando no haber lugar a la nulidad de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los litigantes con fecha 23 de mayo de 1991 procediendo en su lugar la rescisión de las mismas pudiendo el demandado optar entre indemnizar a la actora en los daños que se determinen en ejecución de sentencia o consentir se proceda a una nueva liquidación y adjudicación. Todo ello sin hacer especial imposición en las costas causadas en la tramitación de la presente instancia.
- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 15.^a de la AP de Barcelona dictó Sentencia el 14 de abril de 1998 estimando el recurso interpuesto por don Armando revocando la sentencia y absolviendo al demandado de las peticiones que contra él se contenían en el suplico de la demanda con imposición a la parte demandante de las costas causadas en la primera instancia procedimental y sin hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas del presente recurso de alzada.
- ⦿ Doña Eva interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia del juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Doña Eva formuló demanda para declaración de nulidad de escritura de capitulaciones matrimoniales y en relación a la cuestión litigiosa interesa destacar únicamente la pretensión subsidiariamente formulada en el escrito de demanda, en el sentido de que la demandante, como sea que ninguna atribución del patrimonio conyugal se ha efectuado a su favor, se declare la rescindibilidad de la escritura de capitulaciones matrimoniales por lesión en más de una cuarta parte del justo valor de los bienes a que la misma se contrae, condenando al demandado a estar y pasar por tal declaración y a que opte, dentro del improrrogable plazo que el Juzgado señale dentro del período de ejecución de sentencia, a indemnizar el daño irrogado o a efectuar una nueva partición ajustada a derecho con correlativa atribución de bienes a la misma; condenándole, en todo caso, al abono de cuantos daños y perjuicios ha causado a la demandante y sean acreditados dentro del indicado período de ejecución de sentencia, así como, expresamente, a las costas de la *litis*.

En sentencia dictada en primera instancia se estimó parcialmente la demanda, declarando no haber lugar a la nulidad de las capitulaciones matrimoniales otorgadas por los litigantes con fecha 23 de mayo de 1991, procediendo en su lugar la rescisión de las mismas pudiendo el demandado optar entre indemnizar a la actora en los daños que se determinen en ejecución de sentencia o consentir se proceda a una nueva liquidación y adjudicación, todo ello sin hacer especial imposición en las costas causadas en la tramitación de la primera instancia.

La demandante se aquietó al fallo condenatorio de la sentencia anterior, en cuanto que acogió su

pretensión subsidiaria. Por el contrario, el demandado formuló recurso de apelación contra la misma y por la Audiencia Provincial de Barcelona se estimó el recurso en su integridad, con absolución del demandado, con imposición a la parte actora de las costas causadas en la primera instancia y sin hacer expreso pronunciamiento en cuanto a las costas del recurso de alzada.

Contra esta sentencia ha formulado recurso de casación la demandante, al que se ha opuesto expresamente el demandado. Con la previa advertencia de que los motivos primero y segundo del recurso de casación sometido a la consideración de la Sala, en cuanto implican, en su caso, la estimación de la demanda por nulidad absoluta o por nulidad relativa de la escritura de capitulaciones matrimoniales en cuestión, no pueden ser estudiados ni atendidos, toda vez, que como se ha dicho, la demandante se aquietó a los pronunciamientos desestimatorios de la sentencia dictada en primera instancia referidos a esas pretensiones formuladas con carácter principal, sin que procediera a interponer recurso de apelación contra la sentencia dictada en Primera Instancia para intentar obtener la estimación de sus pretensiones principales.

La recurrente sostiene la validez y confirmación de la sentencia dictada en primera instancia e impugna los razonamientos de la sentencia aquí impugnada, en cuanto que ésta estimó la prescripción de la acción rescisoria, por cuanto mantuvo que la liquidación se produjo al aprobar judicialmente el convenio regulador presentado con la demanda de separación por lo que la demanda rescisoria presentada el 20 de abril de 1995, estaba

prescrita, ya que la sentencia fue dictada el día 6 de marzo de 1991; y por el contrario, la sentencia recurrida no tuvo en cuenta a efectos de considerar la procedencia o improcedencia de la acción formulada la escritura de capitulaciones matrimoniales de fecha 23 de mayo de 1991, a partir de la cual es evidente que no había transcurrido el plazo prescriptorio de cuatro años.

El artículo 1076 del Código Civil, establece que la acción rescisoria por causa de lesión durará cuatro años, contados desde que se hizo la partición. Dentro de los términos de la estricta acción rescisoria de la partición, hay que referirse a los artículos 1074 y 1076 en donde se establece perfectamente el plazo de cuatro años para el ejercicio de la acción de rescisión por lesión, que es el objetivo perseguido con esta llamada acción por infravaloración o impedir el perjuicio o lesión que ha padecido la parte recurrente; prescripción que, como aprecia la Sala, se ha consumado a raíz del *dies a quo* de la fecha de escritura del convenio (Sentencia del Tribunal Supremo de 16 de mayo de 1997).

No obsta a la rescisión la circunstancia de que el error de tasación se haya cometido con ocasión de liquidar la sociedad de gananciales, como operación previa a la fijación del caudal relicto, pues trascienden sus errores a la partición (Sentencia del Tribunal Supremo de 9 de junio de 1952).

No resulta inútil recordar que el artículo 1068 del Código Civil dispone que la partición legalmente hecha confiere a cada heredero la propiedad exclusiva de los bienes que le hayan sido adjudicados, y a tal efecto, la jurisprudencia establece que hasta que no se efectúe la partición por cualquiera de los modos admitidos en Derecho no adquieren los herederos la propiedad exclusiva (Sentencia del Tribunal Supremo de 31 de enero de 1994).

El artículo 1410 del Código Civil establece que en todo lo no previsto en este capítulo (Sección V de la Disolución y liquidación de la sociedad de gananciales), sobre formación de inventario, reglas sobre tasación y ventas de bienes, división del caudal, adjudicaciones a los partícipes y demás que no se halle expresamente determinado, se observará lo establecido para la participación y liquidación de herencia. Por ello el Tribunal Supremo declara que en modo alguno puede considerarse que la disolución acordada es nula por no ir seguida de la liquidación (inventario, avalúo, abono de deudas, adjudicación, ...) pues ello, iría en contra de la voluntad manifestada;..., por el contrario, la remisión contenida en el artículo 1410 del Código Civil permite mantener que nos encontramos durante el período transitorio ante una comunidad de naturaleza especial equiparable a la comunidad hereditaria antes de la partición, de la que serán titulares

ambos cónyuges (Sentencia del Tribunal Supremo de 7 de noviembre de 1997).

Y en relación a la prescripción negada por la recurrente y admitida por la sentencia impugnada, procede indicar que en la Sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 1995, se manifiesta que si la partición no es por sí misma una transacción, no hay ninguna posibilidad legal de eximirla de su sujeción a rescisión por lesión según el artículo 1074 del Código Civil, que es de aplicación a la partición de una sociedad de gananciales disuelta por mandato del artículo 1410, sin que a ello obste que haya ocurrido con ocasión de un convenio regulador de la separación matrimonial, como esta Sala dijo para caso igual en la Sentencia de 26 de enero de 1993.

Estas reflexiones llevan a la Sala a considerar como no razonable la estimación de la prescripción contenida en la sentencia impugnada, pues carecería de sentido el otorgamiento de la escritura de capitulaciones matrimoniales, si la disolución y liquidación de la sociedad de gananciales se había consumado en el convenio regulador. Por el contrario, en el propio convenio se prevé el futuro otorgamiento de la escritura que concretamente su rescisión se pretende en la demanda. En efecto, se expresa: «en su consecuencia y en orden a la correspondiente liquidación en su día de la expresada sociedad de gananciales».

De ahí que el motivo tenga que ser estimado con la consecuencia de la nulidad de la sentencia impugnada y de la asunción de la instancia por la Sala.

En esta operación se tiene que estimar ajustada y razonable la apreciación contenida en la sentencia dictada en primera instancia, cuando manifiesta que de la prueba pericial practicada en las presentes actuaciones resulta que en el momento de la adjudicación de las fincas atribuidas al demandado contaban con un valor de 15.375.000 pesetas la vivienda y 3.000.000 de pesetas la plaza de aparcamiento, mientras que en las capitulaciones se hacía constar que su valor era de 1.500.000 pesetas y 500.000 pesetas respectivamente, atribuyéndose a la actora el saldo de una cuenta que ascendía a 2.000.000 de pesetas, no haciéndose ninguna otra adjudicación. Por consiguiente, puede afirmarse con la sentencia de primera instancia, que en dichas capitulaciones se produjo una lesión a la actora en más de la cuarta parte superando el límite del citado precepto, por lo que procede estimarse la acción de rescisión ejercitada por la actora, debiendo remediarse por el demandado dicha lesión a su elección en la forma prevista en el artículo 1077 del Código Civil.

PROCESAL

Inadmisión del recurso de casación interpuesto contra una sentencia dictada en procedimiento para la modificación de medidas acordadas tras el cese de una unión no matrimonial.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, AUTO DE 4 DE MAYO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Baltasar, presentó el día 3 de octubre de 2002 escrito de interposición del recurso de casación contra la Sentencia dictada, con fecha 17 de julio de 2002, por la Sec. 3.ª de la Audiencia Provincial de Baleares.
- ⊙ Mediante Providencia de 4 de octubre siguiente la Audiencia tuvo por interpuesto el recurso y acordó elevar las actuaciones a este Tribunal Supremo, apareciendo notificada dicha resolución a ambas partes litigantes, personadas en el rollo de apelación, con fecha 8 de octubre siguiente.
- ⊙ Recibidas las actuaciones en este Tribunal y formado el presente rollo, en el que no se ha personado la parte demandada recurrida, se dio curso a la solicitud de Abogado y Procurador de oficio formulada por el recurrente, siendo designada la Procuradora doña Virginia Gutiérrez Sanz, tras lo que se dictó providencia, con fecha 24 de febrero de 2004, en cumplimiento de lo dispuesto en el artículo 483.3 de la LEC 2000, en la que se acordó poner de manifiesto a dicho recurrente, comparecido ante este Tribunal, la posible causa de inadmisión concurrente, quien ha evacuado dicho trámite mediante escrito presentado con fecha 11 de marzo siguiente.
- ⊙ El Tribunal Supremo inadmitió el recurso de casación.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Esta Sala tiene reiterado que son susceptibles de acceso a la casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales (artículo 477.2 de la LEC 2000), lo que excluye el recurso cuando la resolución dictada sea un auto o cuando debió adoptar esa forma, en función de la recaída en la primera instancia (artículo 456.1 LEC).

Pues bien, del examen de las actuaciones resulta que la Sentencia contra la que se intentó la preparación del recurso de casación se dictó en autos de incidente sobre modificación de medidas, instados al amparo del artículo 775 de la LEC 1/2000, por lo cual tiene impedido el acceso al recurso de casación; y ello porque el artículo 477.2 de la LEC 1/2000 establece que serán

recurribles en casación las sentencias dictadas en segunda instancia por las Audiencias Provinciales, lo que de entrada excluye las sentencias de apelación, cuando la impugnada no puso fin a una verdadera primera instancia. La cuestión que se suscita entonces es si una sentencia dictada en un procedimiento de modificación de medidas —en el caso que nos ocupa, adoptadas en un Auto que puso fin a un procedimiento de jurisdicción voluntaria, con ocasión de una ruptura de una pareja de hecho— se ajusta a las exigencias del artículo 477.2 de la LEC 2000 y la conclusión ha de ser negativa, como ya se plasmado en Autos de inadmisión, entre otros, de 20 y 27 de enero, 3, 10, 17 y 24 de febrero y 9 de marzo de 2004, en recursos 4146/2001, 2089/2001, 3117/2001, 82/2002,

896/2002, 646/2002 y 1317/2002, siendo la razón que aboca a tal solución la imposibilidad de atribuir a la resolución recurrida la condición de «sentencia de segunda instancia», y ello porque la propia LEC 2000 distingue entre «apelación» y «segunda instancia», limitada esta última a los casos en que se pone fin a la primera, tras la tramitación ordinaria del proceso (artículo 206.2.3 LEC 2000), apareciendo concebida y regulada la modificación de medidas como una cuestión incidental, a resolver por Auto, según establece el artículo 771.4 LEC 2000, precepto que ciertamente se contrae a las «Medidas provisionales», pero al que se remite explícitamente el artículo 775.2 LEC 2000, relativo a las «Medidas definitivas», sin que la referencia al artículo 771 pueda entenderse como un mero error material o errata, pues no ha sido objeto de rectificación en las Correcciones aparecidas en el BOE de 14 de abril y en el de 28 de julio de 2001 y, además, la redacción del artículo 775.2 actual era idéntica en el precepto equivalente del Proyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil, aprobado por el Consejo de Ministros de 30 de octubre de 1998 (véase el artículo 777.2, con remisión entonces al artículo 773), e igualmente idéntico era el artículo 775.2 del Anteproyecto de la Ley de Enjuiciamiento Civil, de fecha 26 de diciembre de 1997, sin que se calificase en el *iter* legislativo tal remisión de equivocada; es más, en el Informe al Anteproyecto de Ley de Enjuiciamiento Civil aprobado por el Pleno del Consejo General del Poder Judicial, en sesión de 11 de mayo de 1998, de modo explícito «se considera también acertada la previsión recogida en el artículo 775, actualmente prevista en el artículo 91 del Código Civil, sobre la posibilidad de modificar las medidas definitivas siempre que variaran sustancialmente las circunstancias tenidas en cuenta para aprobarlas o acordarlas, resultando igualmente razonable que el trámite para la modificación de las medidas sea el del artículo 771 o el del artículo 776, en función de que la petición se haga o no de común acuerdo». La conclusión es obvia, el Legislador, con mayor o menor acierto, pero en todo caso expresamente, ha configurado la modificación de las Medidas definitivas, por variación de las circunstancias y a solicitud de uno de los cónyuges, como «cuestión incidental» a resolver mediante Auto y, por ende, excluida al

acceso a la casación, que es a los únicos efectos para los que se está examinando ahora el reiterado artículo 775.2 LEC 2000, inciso primero, por esta Sala. Por otra parte es preciso significar que las medidas, cuya modificación se pretende, fueron adoptadas en un Auto que puso fin a un procedimiento de jurisdicción voluntaria, tramitado bajo la vigencia de la LEC de 1881, que no tenía acceso a la casación con arreglo a las disposiciones en ella contenidas, como tampoco lo tendría de haber sido dictado ya bajo la vigencia de la LEC 1/2000 ya que, como se ha indicado, con arreglo al artículo 477.2 de la LEC sólo son susceptibles de recurso de casación las sentencias dictadas en segunda instancia; debemos recordar igualmente que bajo la vigencia de la LEC de 1881, ni siquiera las sentencias que resolvían sobre la nulidad matrimonial, el divorcio o la separación eran susceptibles del recurso extraordinario, con la salvedad del que pudiera presentar el Ministerio Fiscal en interés de la ley [Disposición Adicional Quinta, apartado y), de la Ley 30/1991, de 7 de julio], por lo que no puede tampoco sorprender que en el régimen de la nueva LEC 2000 no quepa el acceso a la casación de las resoluciones relativas a modificaciones de Medidas provisionales o definitivas, tanto en relación con los cónyuges, como respecto de los miembros de parejas de hecho, cuando tales Medidas hayan sido judicialmente adoptadas en relación con estos últimos.

Así pues, consecuencia de cuanto acaba de decirse es que resultó improcedente la preparación del recurso de casación, lo que en esta fase del procedimiento determina la inadmisión del recurso que se ha tenido por interpuesto, al concurrir la causa del primer inciso del ordinal 1.º del artículo 483. 2 en relación con el artículo 477.2 de la LEC, por no ser recurrible la Sentencia impugnada y, en consecuencia, procede declarar la firmeza de la Sentencia de 17 de julio de 2002, dictada por la Sección Quinta de la Audiencia Provincial de Palma de Mallorca, de conformidad con lo previsto en el artículo 483. 4 de la LEC, cuyo siguiente apartado deja sentado que contra este Auto no cabe recurso alguno; todo ello sin efectuar expreso pronunciamiento sobre las costas.

PROCESAL

Inadmisión del recurso de casación al no haber acreditado la parte recurrente, en la fase de preparación del recurso, la concurrencia del presupuesto que condiciona la presencia del interés casacional, esto es, la contradicción jurisprudencial que exige un criterio interpretativo plasmado en dos sentencias de una misma Audiencia Provincial o de una misma sección frente a otro criterio interpretativo antagónico puesto de manifiesto en otras dos sentencias de otro órgano distinto.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, AUTO DE 1 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña María Milagros, presentó el día 7 de mayo de 2001 escrito de interposición de recurso de casación contra la Sentencia dictada, con fecha 16 de marzo de 2001, por la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª), en el rollo de apelación núm. 271/2000, dimanante de los autos de separación matrimonial núm. 580/99 del Juzgado de Primera Instancia núm. 29 de Madrid.
- ⊙ Mediante Providencia de fecha 11 de mayo de 2001 la Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª) tuvo por interpuesto el recurso y acordó elevar las actuaciones a este Tribunal Supremo, apareciendo notificada dicha resolución a las partes litigantes personadas en el rollo de apelación con fecha 16 de mayo de 2001, así como al Ministerio Fiscal el mismo día.
- ⊙ Por medio de escrito presentado, el día 3 de octubre de 2002, en el Registro General del Tribunal Supremo, la Procuradora doña Celia López Ariza, en nombre y representación de doña María Milagros, se personó en el presente rollo como parte recurrente.
- ⊙ Por Providencia de esta Sala, de fecha 13 de enero de 2004, y a los efectos de lo previsto en el artículo 483.3 de la Ley 1/2000, de 7 de enero, de Enjuiciamiento Civil, se puso de manifiesto a la parte recurrente personada ante este Tribunal, por plazo de diez días, así como al Ministerio Fiscal, la posible causa de inadmisión referida a preparación defectuosa al no haber quedado justificado el «interés casacional» en la fase de preparación del recurso de casación (artículo 483.2.1.º, inciso segundo, de la LEC 2000, en relación con el artículo 479.4 del mismo Texto Legal), habiendo aquélla presentado escrito en el Registro General del Tribunal Supremo, el día 6 de febrero último, por el que se solicitaba la admisión del recurso de casación interpuesto. Por su parte, el Ministerio Fiscal, en su escrito de fecha 10 de marzo de 2004, alegó la efectiva concurrencia de la causa de inadmisión tipificada en el artículo 483.2.1, inciso segundo, de la LEC 2000.
- ⊙ El Tribunal Supremo no admitió a trámite el recurso de casación.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se interpone recurso de casación contra una Sentencia dictada en segunda instancia por la Audiencia que estima, en parte, el recurso de apelación interpuesto por la parte demandante

contra la recaída en primera instancia en un procedimiento de separación iniciado bajo el régimen normativo de la LEC de 1881. En la medida en que la Sentencia de segunda instancia se dictó

en fecha posterior a la entrada en vigor de la Ley de Enjuiciamiento Civil 1/2000, de 7 de enero, es indiscutible el sometimiento al régimen de los recursos extraordinarios que ésta diseña, de conformidad con lo establecido en sus Disposiciones Transitorias Tercera y Cuarta, en relación con el artículo 2 de la misma. Al haberse sustanciado el proceso por razón de la materia, en virtud del régimen normativo aplicable al tiempo de iniciarse el pleito, el cauce de acceso al recurso de casación queda circunscrito al supuesto de recurribilidad previsto en el ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC 2000 —vía correctamente escogida por la parte recurrente— que exige que la resolución del recurso presente interés casacional, por estar dicho cauce contraído a los juicios tramitados en razón a la materia, ya que es reiterada doctrina de esta Sala que los supuestos de recurribilidad contemplados en los tres ordinales del artículo 477.2 de la LEC 2000 son distintos y excluyentes. Así pues, el examen de la recurribilidad en casación de la resolución impugnada se desplaza, en el presente caso, hacia la comprobación de la concurrencia del «interés casacional» que se invoca, aquí fundado en la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, ya que ese «interés casacional» constituye un presupuesto de recurribilidad cuando se pretende el acceso a los recursos extraordinarios por la vía del ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC 2000, de modo que su existencia debe quedar acreditada, de manera suficientemente razonable, en la fase de preparación del recurso.

La parte recurrente, en su escrito preparatorio, para acreditar el interés casacional fundado en la existencia de jurisprudencia contradictoria de Audiencias Provinciales cita, para fundamentar su pretensión, en relación con la primera de las dos infracciones legales denunciadas, las Sentencias de la propia Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 5 de octubre de 1993 y de 27 de mayo de 1994 y la de la Audiencia Provincial de Málaga (sin indicación de la Sección que la dictó), de fecha 18 de octubre de 1995, resolviendo todas ellas, a juicio de la recurrente, en sentido contrario a como lo hace la que se recurre en casación, y, en relación con la segunda y última de las infracciones legales denunciadas, cita sólo la Sentencia de la misma Sección 22.ª de la Audiencia Provincial de Madrid, de fecha 31 de octubre de 1997. Así las cosas, el escrito preparatorio incumple los criterios de recurribilidad que esta Sala viene propugnando de acuerdo con lo dispuesto en la nueva LEC 2000, tal y como se recogen en el Acuerdo adoptado por la misma reunida en Junta General de Magistrados celebrada el día 12 de diciembre de 2000, Acuerdo que ha integrado la regulación de la LEC de modo que forma parte de la normativa sobre el recurso de

casación (STC 108/2003, de 2 de junio, en recurso de amparo núm. 82/2002), pues, aun cuando pueda inferirse cuáles son las cuestiones jurídicas controvertidas respecto de las que se predica la contraposición o contradicción jurisprudencial, en el mismo, por cada una de las infracciones legales denunciadas, no se citan dos resoluciones de un mismo Tribunal y otras dos de otro distinto, sino, respecto a la primera de las infracciones legales denunciadas, dos Sentencias de la misma Audiencia Provincial que dictó la resolución que se recurre en casación y otra de diferente Audiencia Provincial que resuelven en sentido contrario a como lo hace aquélla y de modo favorable a la tesis que sostiene la recurrente —y, además, en idéntico sentido a como lo hacen la Sentencia de la Audiencia Provincial de Vizcaya (Sección 2.ª), de fecha 28 de julio de 1998 y la Sentencia de la propia Audiencia Provincial de Madrid (Sección 22.ª), de fecha 5 de diciembre de 1998, y de modo diferente a como lo hacen la Sentencia de la Audiencia Provincial de Castellón (Sección 3.ª), de fecha 17 de marzo de 1999 y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Navarra (Sección 3.ª), de fecha 21 de mayo de 1999, que, además, se citan todas ellas *ex novo* en el escrito de interposición del recurso de casación—, mientras que, respecto a la segunda de las infracciones legales denunciadas, sólo se cita, en el escrito preparatorio, una sola Sentencia del mismo Tribunal que dictó la resolución que se recurre en casación que, a juicio de la recurrente, resuelve en sentido contrario a como lo hace aquélla y de modo favorable a la tesis que sostiene la misma —y, además, en idéntico sentido a como lo hacen la Sentencia de la Audiencia Provincial de Cádiz (Sección 6.ª), de fecha 10 de abril de 2000, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona (Sección 18.ª), de fecha 16 de mayo de 2000, y de modo diferente a como lo hacen la Sentencia de la Audiencia Provincial de Almería (Sección 1.ª), de fecha 5 de julio de 1999, y la Sentencia de la Audiencia Provincial de Salamanca, de fecha 28 de septiembre de 1999, que, además, se citan *ex novo* en el escrito de interposición del recurso de casación—, por lo que no queda debidamente acreditada la contradicción jurisprudencial, que exige un criterio interpretativo plasmado en dos Sentencias de una misma Audiencia Provincial o de una misma Sección de la misma Audiencia frente a otro criterio interpretativo antagónico —en relación con la misma cuestión jurídica— recogido en otras dos Sentencias de diferente Audiencia o Sección orgánica, sin que baste la mera contradicción entre la Sentencia que se pretende recurrir y otras del mismo o de diferentes órganos jurisdiccionales, siendo, en todo caso, en la fase de «preparación» del recurso de casación y no en la de su «interposi-

ción» cuando se ha de acreditar el «interés casacional», dado que al tiempo de la preparación debe necesariamente quedar justificada la recurribilidad de la Sentencia dictada en segunda instancia, por ser éste un requisito legal necesario para poder tener por preparado el recurso anunciado, y, en el caso examinado, la parte recurrente no ha acreditado, en dicha fase de preparación, el presupuesto que condiciona la presencia del «interés casacional» que, como antes se dejó sentado, constituye un presupuesto de recurribilidad cuando se pretende el acceso a los recursos extraordinarios por el cauce del ordinal 3.º del artículo 477.2 de la LEC 2000. Entender otra cosa sería convertir en mero formalismo y formalismo el «interés casacional», desnaturalizando su condición de requisito esencial, objetivizado en la ley y transcendente a las partes, dejando vacía de contenido la fase de preparación en los casos del ordinal 3.º del artículo 477.2 LEC 2000, lo que, desde luego, no resulta conciliable con el texto del referido artículo 477.2.3.º, en relación con el artículo 479.4 LEC 2000, que, debe reiterarse, ha sido interpretado por esta Sala en el sentido recogido en los criterios antes señalados, habiendo señalado el Tribunal Constitucional en su Sentencia 46/2004, de 23 de marzo (recurso de amparo núm. 4460/2001), al examinar la exigencia del cumplimiento de los requisitos legales que se derivan del artículo 479.4 LEC 2000, desde una dimensión constitucional, que el recurso de casación «requiere en su formalización el estricto cumplimiento de los requisitos y presupuestos que lo informan, dirigidos a poner de relieve la contradicción con la doctrina jurisprudencial o la existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales, para así posibilitar el examen de la jurisprudencia sobre la que descansa esta modalidad del recurso de casación». Todo ello determina la inadmisión del recurso de casación examinado al no haber acreditado la parte recurrente —como le incumbía—, ya en la inicial fase de preparación del recurso de casación, la concurrencia del presupuesto necesario —en este caso, existencia de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias Provinciales— que condiciona la presencia del «interés casacional», señalándose a estos efectos que las exigencias formales que se predicán del escrito preparatorio del recurso están orientadas a constatar si la resolución que se combate es susceptible de ser recurrida en casación, de tal modo que puedan facilitar los elementos de juicio para decidir si en el caso contemplado existe el «interés casacional» que posibilita el recurso, y, por ello, su inobservancia constituye un supuesto de preparación defectuosa en la medida en que no permite apreciar la concurrencia del presupuesto que condiciona la presencia del interés casacional, por lo que lejos de resultar meras formalidades impediti-

vas o limitativas del derecho a la tutela judicial efectiva, en su vertiente de acceso a los recursos, obedecen a una finalidad —la constatación de los presupuestos a que se subordina el recurso— para cuya consecución resultan no sólo necesarias, sino también proporcionadas, en línea con las exigencias constitucionales plasmadas, entre otras, en las SSTC 216 y 218/1998, 170/1999 y 111/2000, no siendo posible su subsanación ni a través de un trámite específico, que la Ley no previene, ni, en su caso, aprovechando el recurso de reposición, preparatorio del recurso de queja, ni este último recurso (doctrina aplicada en numerosos Autos de esta Sala resolviendo recursos de queja, como AATS de fechas 20 y 27 de enero, 3, 10, 17 y 24 de febrero, 2, 9 y 30 de marzo y 6 de abril de 2004, en recursos núms. 1035/2003, 819/2003, 1200/2003, 1431/2003, 1353/2003, 1548/2003, 1222/2003, 1506/2003, 93/2004 y 81/2004, entre los más recientes, sobre la acreditación de la vulneración de la doctrina del Tribunal Supremo en la fase preparatoria del recurso de casación; y de 20 y 27 de enero, 3, 10, 17 y 24 de febrero, 2, 9 y 16 de marzo y 6 de abril de 2004, en recursos núms. 1355/2003, 1369/2003, 1379/2003, 1282/2003, 1353/2003, 1502/2003, 1435/2003, 1506/2003, 53/2004 y 179/2004, sobre la acreditación de jurisprudencia contradictoria de las Audiencias en la fase preparatoria del recurso de casación), así como, tampoco, por medio del propio escrito de interposición del recurso de casación, pues, es doctrina constitucional (SSTC 69/1997, de 8 de abril, y 46/2004, de 23 de marzo) que la técnica procesal de la subsanación sólo resulta de aplicación respecto de requisitos que «no se configuren como presupuestos procesales de indeclinable cumplimiento en tiempo y forma», por lo que, siendo ello así, el criterio de insubsanabilidad del defecto procesal apreciado no menoscaba el derecho a la tutela judicial efectiva de la parte recurrente.

Es preciso significar que esta Sala no está vinculada por la indicación sobre recursos que hubiera podido efectuar la Audiencia, ni por la decisión del tribunal *a quo* de tener por preparado e interpuesto el recurso de casación, pues es doctrina reiterada de esta Sala y del propio Tribunal Constitucional que el acceso a los recursos extraordinarios corresponde al ámbito del orden público procesal, al margen de la disponibilidad de las partes y aún de los propios órganos jurisdiccionales (SSTC 90/1986 y 93/1993), no existiendo un derecho constitucionalmente protegido a interponer determinados recursos, ni, por tanto, un derecho de relevancia constitucional a recurrir en casación, siendo perfectamente imaginable, posible y real que no esté prevista semejante posibilidad (SSTC 37/1988, 196/1988 y 216/1998); por el contrario, el derecho a los recursos, de neta caracterización y contenido legal (SSTC 3/1983 y 216/1998,

entre otras), está condicionado al cumplimiento de los requisitos de admisibilidad establecidos por el legislador y delimitados por vía interpretativa por esta Sala, a la que corresponde la última palabra sobre la materia, con el único límite consistente en la proscripción de la arbitrariedad y la evitación de los errores materiales (SSTC 37/1995, 186/1995, 23/1999 y 60/1999), sin que la interpretación de las normas rectoras del acceso a los recursos extraordinarios tenga que ser necesariamente la más favorable al recurrente (SSTC 230/1993, 37/1995, 138/1995, 211/1996, 132/1997, 63/2000, 258/2000 y 6/2001); y que el «principio *pro actione*», proyectado sobre el derecho a la tutela judicial efectiva, no opera con igual intensidad en las fases iniciales del pleito que en las posteriores (SSTC 3/1983, 294/1994, 23/1999 y 201/2001), habiéndose añadido, por último, que el referido derecho constitucional se satisface incluso con un pronunciamiento sobre la inadmisibilidad del recurso, y no necesariamente sobre el fondo, cuando obedezca a razones establecidas por el legislador y proporcionadas en relación con los fines constitucionalmente protegibles a que los requisitos procesales tienden (SSTC 19/1981, 69/1984, 43/1985, 6/1986, 118/1987, 57/1988, 124/1988, 216/1989, 154/1992, 55/1995, 104/1997, 213/1998, 216/1998, 108/2000 y 22/2002), ya que el derecho a la tutela judicial efectiva es un derecho de naturaleza prestacional de configuración legal cuyo

ejercicio está supeditado a la concurrencia de los presupuestos y requisitos procesales que, en cada caso, haya establecido el legislador (SSTC 8/1998, 115/1999, 122/1999, 108/2000, 158/2000, 252/2000, 3/2001 y 13/2002).

En consecuencia, procede inadmitir el recurso de casación interpuesto, al concurrir la causa de inadmisión que prevé el artículo 483.2.1.º, inciso segundo, de la LEC 2000, al hallarnos ante un claro supuesto de preparación defectuosa al no haber quedado justificado el «interés casacional» en la fase de preparación del recurso de casación, declarándose la firmeza de la Sentencia de la Audiencia Provincial, de conformidad con lo previsto en el artículo 483.4 LEC 2000, dejando sentado su apartado 5 que contra este Auto no cabe recurso alguno, sin que sea preciso efectuar especial pronunciamiento sobre costas. La falta de comparecencia ante este Tribunal de la parte recurrida, don Jose Antonio, determina que la notificación de la presente resolución al mismo se lleve a cabo por la propia Audiencia, al Procurador que ostentaba ante dicho Tribunal la representación procesal de aquél, llevándose a cabo la notificación por esta Sala únicamente a la parte recurrente que ha comparecido ante la misma, así como el Ministerio Fiscal.

MENORES

Condenado el promotor-constructor y el Ayuntamiento por el fallecimiento de un menor al caer en un pozo séptico desprovisto de protección y sito en el interior de un edificio en obras, paralizadas años atrás, eximiéndose de responsabilidad al arquitecto superior.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Francisco Marín Castán

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Fidel, en su propio nombre y en beneficio de su sociedad de gananciales con doña Encarna interpuso demanda de menor cuantía contra don Enrique, don Humberto, don Casimiro, los herederos de don Bartolomé, el Ayuntamiento de la Anteiglesia de Abadiño y la compañía de seguros La Vasco Navarra, solicitando se dictara sentencia por la que se declarase que los demandados estaban obligados de forma solidaria a indemnizar al actor en la cantidad de 25.000.000 de pesetas, condenándoles al pago de las costas.

- ⊙ Emplazados los demandados, comparecieron y contestaron a la demanda por separado: don Humberto, proponiendo su falta de legitimación pasiva y subsidiariamente interesando su absolución o, subsidiariamente, la apreciación de compensación de culpas absolviéndole de abonar indemnización alguna; y cada uno de los demás, solicitando su absolución de la demanda con imposición de costas al actor.
- ⊙ El Juzgado de Primera núm. 1 de Durango dictó Sentencia el 9 de octubre de 1995 estimando la demanda condenando al Ayuntamiento de la Anteiglesia de Abadiño, a la Compañía de Seguros «La Vasco Navarra SA», a don Enrique y a don Humberto a abonar conjunta y solidariamente a los demandantes la cantidad de 16.000.000 de pesetas, en concepto de daños y perjuicios derivados de culpa extracontractual, desestimando la demanda en lo que se refiere a don Casimiro y los herederos de don Bartolomé.
- ⊙ Interpuesto por los demandados condenados contra dicha Sentencia sendos recursos de apelación, la Sec. 5.^a de la AP de Vizcaya dictó Sentencia el 17 de julio de 1997 desestimando los cuatro recursos, confirmando la sentencia apelada e imponiendo a los recurrentes las costas de la apelación.
- ⊙ El Ayuntamiento de Abadiño, la compañía de seguros La Vasco Navarra, SA y don Humberto interpusieron recursos de casación, estimándose por el Tribunal Supremo el interpuesto por don Humberto que lo absolvió de las peticiones que contra él se contenían en el suplico de la demanda.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Los tres recursos de casación a examinar se interponen contra una sentencia de apelación que confirmó íntegramente la de primera instancia condenando solidariamente al promotor-constructor de un edificio en construcción cuyas obras estaban paralizadas, al Ayuntamiento de la población en que dicho edificio se encontraba, a su aseguradora de responsabilidad civil y al arquitecto autor del proyecto y director de la obra a indemnizar en 16.000.000 de pesetas a los padres de un niño de cuatro años que murió al caer en un pozo séptico dentro de dicho edificio y cuya arqueta carecía de tapadera, absolviendo en cambio a los dos arquitectos técnicos de la obra también demandados.

Consentida su condena por el promotor-constructor, se impugna la sentencia por el Ayuntamiento mediante dos motivos de casación fundados en infracción de los artículos 1902 y 1903 CC; por la compañía aseguradora de su responsabilidad civil mediante cuatro motivos fundados en infracción de los artículos 1903.7 y jurisprudencia correspondiente, 1902, 1903, y 1902, 1903 y 1103 CC, respectivamente; y por el arquitecto superior mediante cuatro motivos respectivamente fundados en infracción de los artículos 1902 y 1104 CC, 597 y 632 LEC de 1881, 1902, y 1902 en relación con el artículo 1.A).3 del Decreto de 19 de febrero de 1971.

Como quiera que los tres recursos de casación coinciden en el planteamiento de algunas cues-

tion, por razones sistemáticas se comenzará por el estudio de esas cuestiones comunes a los tres recursos para a continuación, si procede, examinar aquellos motivos de los tres recursos que se centran en la exoneración del respectivo recurrente, o de su asegurado en el caso de la compañía de seguros, por falta de culpa o negligencia propias.

La primera cuestión común a los tres recursos y que determinaría en su caso la exoneración de los tres recurrentes es la atribución del daño a la conducta del propio niño o de sus padres. Se plantea por el Ayuntamiento en el motivo primero de su recurso, por su aseguradora en los motivos segundo y tercero del respectivo recurso y por el arquitecto en el motivo tercero del suyo. La segunda cuestión común es la compensación o rebaja de la indemnización por concurrencia de culpa del propio niño o de sus padres, y se plantea en el motivo segundo del recurso del Ayuntamiento y en el motivo cuarto del recurso de su aseguradora.

La respuesta a todos estos motivos ha de ser desestimatoria. En cuanto a la conducta del propio niño porque, dada su edad de cuatro años, en modo alguno puede calificarse de culpable ni negligente una acción consistente en entrar en un edificio en construcción pero cuyas obras se encontraban abandonadas, situado en las inmediaciones de otros edificios donde había jóvenes y niños que jugaban por la zona, al que se accedía con suma facilidad

por cualquiera de sus innumerables huecos y en cuyo interior había elementos peligrosos por sí mismos como el pozo séptico en el que cayó el niño y cuya arqueta carecía de tapadera o elemento de protección alguno, datos todos ellos que la sentencia recurrida declara probados bien directamente, bien por remisión a la de primera instancia cuya valoración de la prueba declara expresamente compartir por completo en el segundo párrafo de su fundamento jurídico segundo. Ha de estarse en esta cuestión, por tanto, a la jurisprudencia reiterada de esta Sala en casos similares, cuyo exponente más reciente es la Sentencia de 26 de marzo último (recurso núm. 1483/1998) y frente a la que no cabe oponer, ni siquiera a efectos de concurrencia de culpas, otras sentencias dictadas en casos sensiblemente distintos al tratarse de juegos o travesuras de jóvenes o niños de bastante más edad o en lugares que por sí mismos no suponían riesgo alguno (SSTS de 5 de octubre de 1994 y 25 de septiembre de 1996). En cuanto a la conducta de los padres del niño, la respuesta es igualmente desestimatoria porque los hechos probados no ofrecen dato alguno que ni siquiera indiciariamente permita calificarla de culpable o negligente, de suerte que los motivos que atribuyen a la conducta sobre todo de la madre, y en su forma omisiva, la causación del suceso, bien totalmente, bien parcialmente como contribución causal a modo de concurrencia de culpas, incurrir en el vicio casacional de la petición de principio o hacer supuesto de la cuestión, pues dan por sentada la versión de los hechos que los propios recurrentes ofrecen en los correspondientes motivos (lejanía del edificio, distracción de la madre durante horas) sin previamente haber articulado, en relación con la conducta de los padres del niño, ninguno fundado en error de derecho en la apreciación de la prueba por infracción de alguna norma que contenga regla legal de valoración probatoria, única vía posible para rebatir los hechos probados en el régimen de la casación de la LEC de 1881 tras su reforma por la Ley 10/1992 según jurisprudencia tan reiterada de esta Sala que huelga su cita, de suerte que resulta inaplicable el criterio de la sentencia de esta Sala de 27 de septiembre de 1993 invocada por el Ayuntamiento en el motivo segundo de su recurso, pues en el caso entonces enjuiciado la propia sentencia recurrida declaraba probada «la existencia de una conducta negligente imputable a la actora madre del menor lesionado» (párrafo tercero del tercer fundamento de derecho).

En consecuencia, procede desestimar el motivo segundo del recurso del Ayuntamiento y el primero en la parte de su alegato relativa al incumplimiento por la madre del niño de sus deberes de vigilancia y custodia, los motivos segundo, tercero y cuarto del recurso de la compañía de seguros y el motivo tercero del recurso del arquitecto.

Entrando ya en las cuestiones relativas a la responsabilidad por culpa o negligencia propias, la del Ayuntamiento se impugna en la otra parte del alegato de su motivo primero y en el motivo primero del recurso de su aseguradora. El planteamiento común de ambos recurrentes puede resumirse en que el Ayuntamiento agotó la diligencia que le era exigible cuando, al tener noticias del estado de abandono del edificio un año antes del suceso, procedió mediante un edicto a requerir al promotor-constructor para que restableciera la seguridad en la obra, encontrándose sin embargo con una desobediencia sistemática del mismo que incluso se negaba a recibir las notificaciones, por lo que, habida cuenta de que la paralización de las obras varios años antes no había sido ordenada por el Ayuntamiento, carente además de medios financieros, ningún nexo causal hubo entre su actuación y el resultado, nexo que sin embargo sí se daría con la conducta del promotor-constructor, del arquitecto o incluso del propio niño o sus padres.

Semejante planteamiento no puede ser acogido y por eso también estos motivos han de ser desestimados, porque los hechos que la sentencia recurrida declara probados, ya directamente, ya por remisión a la de primera instancia, son ciertamente que el estado de abandono del edificio no llegó a conocimiento del Ayuntamiento hasta un año antes del suceso y que entonces acordó requerir al promotor-constructor para que retirara de allí una grúa y un montacargas, pero también que ninguna otra medida adoptó aquél pese a la manifiesta peligrosidad que ese edificio, en las inmediaciones de otros habitados, suponía para la población, especialmente para jóvenes y niños; que en el propio edicto invocado como medida agotadora de la diligencia exigible al Ayuntamiento se reconocía sin embargo la facilidad de acceso al edificio y la falta de elementos de protección en su interior; y en fin, que precisamente después de la muerte del niño, en concreto al día siguiente, el Ayuntamiento procedió a dotar a la edificación de los debidas medidas de seguridad y al cerramiento de todo su perímetro. A la vista de estos hechos, que son los probados y por tanto los que hay que respetar en casación, claro está que el Ayuntamiento no agotó la diligencia que le era exigible, pues en definitiva hizo dejación de sus funciones de policía al permitir la subsistencia de un peligro palpable y manifiesto para los vecinos, y buena prueba de ello es el inmediato ejercicio de esas funciones nada más producirse el suceso. Se está, en consecuencia, ante uno más de tantos casos en que un Ayuntamiento no adopta las medidas oportunas para la protección de sus vecinos hasta que tiene lugar una desgracia, por más anunciada que ésta fuera, y en los que por tanto se le declara responsable civil, como precisamente hizo la sentencia de esta Sala de 27 de septiembre

de 1993 invocada por el propio Ayuntamiento aquí recurrente en el motivo segundo de su recurso y como igualmente hicieron las Sentencias de 16 de julio y 14 de diciembre de 2001.

Desestimados todos los motivos de los recursos del Ayuntamiento y de su aseguradora y el motivo tercero del recurso del arquitecto, quedan únicamente por examinar los tres motivos restantes de este último, siendo muy clara la desestimación del segundo porque, fundado en infracción de los artículos 597 y 632 LEC de 1881, su alegato demuestra que lo pretendido por el arquitecto recurrente no es sino una nueva valoración conjunta de la prueba por esta Sala para que se declaren probados unos determinados hechos «según resulta de la prueba obrante en autos», pretensión inadmisibile en casación como han declarado tantas sentencias de esta Sala que su cita resulta superflua.

Cuestión distinta es la planteada en los motivos primero y cuarto de este mismo recurso del arquitecto. Fundados ambos en infracción del artículo 1902 CC, al que se añade en el motivo primero la cita del artículo 1104 del mismo Cuerpo legal y en el cuarto la del artículo 1.A).3 del Decreto de 19 de febrero de 1971, los dos aparecen orientados a la exoneración del arquitecto recurrente por haber ordenado en su momento la adopción de todas las medidas necesarias para cerrar la obra después de su paralización y no corresponderle la vigilancia directa e inmediata del cumplimiento de aquéllas, y menos todavía cuando resulta que la obra fue en realidad abandonada por el promotor-constructor durante años sin comunicar en momento alguno al arquitecto recurrente el progresivo deterioro de los cerramientos del edificio y la creciente facilidad de acceso a su interior.

En orden a la responsabilidad de este recurrente la sentencia impugnada adolece de una parqueidad ciertamente llamativa, pues admite que previó tanto las medidas de cerramiento del edificio como el cubrimiento del pozo séptico pero justifica su culpa por no haberse desvinculado de la obra ya que un año después de lo sucedido certificó que era posible llevar a cabo la construcción definitiva, por haberse revelado insuficientes las medidas de cerramiento y, en fin, porque lo acordado respecto del pozo séptico no dejaba de ser una mera previsión, razones a las que cabe añadir las de la sentencia de primera instancia sobre la pendencia de la liquidación de los servicios del arquitecto.

Pues bien, ambos motivos han de ser estimados porque siendo doctrina reiterada de esta Sala que no es función de los arquitectos superiores comprobar el concreto cumplimiento de las medidas de seguridad por el contratista o sus encargados (SSTS de 27 de noviembre de 1993 y 22 de enero, 27 de mayo y 11 de junio de 2003 entre otras) y habiendo

declarado también que cuando se paraliza una obra incumbe al arquitecto superior ordenar el cierre de su recinto pero a partir de entonces queda suspendida su relación contractual relativa a la obra (STS de 27 de octubre de 1997), la condena del arquitecto recurrente por la sentencia impugnada responde a una ampliación de los deberes profesionales de los arquitectos superiores tan exagerada que, en la práctica, se traduciría en su automática responsabilidad por cualquier hecho dañoso relacionado con la obra, incluso, como es el caso, con una obra paralizada durante años después de que el arquitecto hoy recurrente hubiera previsto tanto el sellado del pozo séptico en el que cayó el niño como el cerramiento del edificio. Cifrar su responsabilidad, como hace la sentencia impugnada, en que todavía no había liquidado sus servicios o en que no se cuidó de vigilar el estado del edificio durante los años en que la obra estuvo paralizada entraña una infracción del artículo 1902 CC en su concreta aplicación a los arquitectos superiores según la jurisprudencia de esta Sala y desconoce que, en buena lógica, a éstos no se les puede exigir la vigilancia constante y directa de una obra paralizada que en no pocas ocasiones estará localizada en población lejana de la de residencia del arquitecto.

La estimación de los dos reseñados motivos del recurso del arquitecto determina la casación parcial de la sentencia impugnada y debe traducirse, conforme al artículo 1715.1.4 LEC de 1881, en la desestimación de la demanda respecto de dicho recurrente.

En cuanto a las costas de las instancias, sobre las que esta Sala debe pronunciarse conforme a las reglas generales según el artículo 1715.2 LEC de 1881, las causadas por la intervención del arquitecto recurrente en la primera instancia serán a cargo de la parte actora, por aplicación del párrafo primero del artículo 523 de la misma ley en coherencia con la solución adoptada en su momento respecto de los otros dos codemandados absueltos; y las causadas por el recurso de apelación del mismo arquitecto no se imponen especialmente a ninguna de las partes, como resulta del artículo 710 de la citada ley procesal, ya que dicha impugnación tenía que haber sido estimada.

Finalmente, por aplicación de los apartados 2 y 3 del artículo 1715 LEC de 1881 procede imponer al Ayuntamiento y a la aseguradora recurrentes las costas causadas por sus respectivos recursos de casación y la pérdida del depósito constituido por cada uno, en tanto no procede imponer especialmente a ninguna de las partes las causadas por el recurso de casación del arquitecto, a quien se devolverá el depósito por él constituido.

MENORES

Condena a una constructora y a su entidad aseguradora por el fallecimiento de un menor al caerse una grúa depositada en un solar en el que se iba a edificar.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 11 DE MAYO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Doña María Antonieta interpuso demanda de menor cuantía contra Carlos Jesús, Marco Antonio, Rodio C., SA, La Unión y el Fénix, Federico, Transgilsur, SA, Cía de Seguros Bilbao, SA, Octavio, Carlos Antonio, Constructora San José, y la Cía de Seguros Cervantes solicitando que se dictase sentencia condenando a los demandados a abonar solidariamente a la actora en la cantidad de 20.000.000 de pesetas más los intereses legales desde la interposición de esta demanda, y las costas de este Juicio, y todo lo demás que proceda en Derecho.
- ⦿ Todos los demandados se personaron en autos oponiéndose a la demanda y solicitando su desestimación con expresa imposición de costas a la parte actora.
- ⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Sevilla dictó Sentencia el 29 de septiembre de 1995 desestimando la demanda.
- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Sevilla dictó Sentencia el 26 de mayo de 1997 desestimando el recurso interpuesto por doña M.ª Antonieta.
- ⦿ Doña M.ª Antonieta interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que condenó a Constructora San José y a Bilbao Cía de Seguros a abonar a la actora la cantidad de 15.000.000 de pesetas.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Denuncia el primer motivo infracción de la doctrina jurisprudencial, en relación a los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, y se ha de estudiar conjuntamente con el segundo por aplicación indebida del artículo 1902. Lo que se trata es de combatir la desestimación que la Sala de Apelación decretó de la demanda, al apreciar la concurrencia de culpa exclusiva de la víctima en la causación del accidente que tuvo lugar el día uno de julio de 1988, cuando el hijo menor de la demandante, don Pedro Miguel, se hallaba jugando con otros niños en el solar sito en La Huerta de San Jacinto de Sevilla, propiedad de la Junta de Andalucía, produciéndose el fallecimiento del menor a consecuencia de haberse subido, con otros compañeros, a una máquina excavadora allí depositada y uno de los chicos, que no resultó identificado, arrancó el alambre que aseguraba la entrada en la cabina, en

la que se introdujo y procedió a accionar el pedal de seguridad, lo que permitió poner en marcha la máquina sin necesidad de encender el motor, ocasionado este actuar el desplome del brazo de la grúa que se hallaba alzado y con ello la caída al suelo del menor don Pedro Miguel, que sufrió grave traumatismo torácico-abdominal, que le ocasionó la muerte.

La estimación de darse culpa exclusiva de la víctima la basa el Tribunal de Instancia en que la empresa adjudicataria de la edificación a realizar en el solar donde ocurrió el accidente, Constructora San José, SA, no había iniciado los trabajos propios de edificación, adjudicado por la Junta de Andalucía en fecha 4 de julio de 1988, es decir tres días después del accidente, lo que contradice el reconocimiento de que dicha Compañía hace en el escrito de contestación de la demanda al admitir

que resultaba cierto haber tenido conocimiento extraoficial de la adjudicación de la obra, por lo que se puso en contacto con Rodio Cimentaciones Especiales, SA a efectos de que esta confeccionase los pilotes –lo que se plasmó en el contrato de 4 de julio de 1988– y exigía el empleo de la maquinaria adecuada, por lo que se trasladó la grúa, concretamente el día del accidente, transporte que efectuó la codemandada Transgilsur, SA y en forma alguna consta lo fuera con la oposición expresa y demostrada de Constructora San José, toda vez que la descarga de la máquina se llevó a cabo a presencia de operarios de esta que allí se encontraban trabajando y ya se habían apilado diversos materiales en el solar. El aparcamiento de la grúa correspondió a actividades usuales previas a los trabajos de cimentación y desde el momento en que la máquina quedó depositada en el solar, con independencia de que se hubiera firmado o no su recepción, surge la responsabilidad de la Constructora de referencia, ya que no hay que olvidar que el artículo 334.5 del Código Civil atribuye categoría de bienes inmuebles a las máquinas instaladas en las fincas que contribuyen a su explotación, aunque aquí se trata de una edificación.

Se lleva a cabo la necesaria integración del *factum* que queda sentado y se hace preciso, conforme a la doctrina jurisprudencial cuando se da insuficiente explicación o la expuesta no es lo adecuado y se trata de hechos de influencia notoria en el fallo (Sentencias de 18 de marzo de 1987, 8 de octubre de 1988, 3 de octubre y 4 de noviembre de 1991, 8 de octubre y 21 de diciembre de 1993, 26 de marzo de 1996, 27 de febrero de 1998 y 17 de abril de 2002). En este caso sucede que la sentencia recurrida desplazó por completo la valoración del riesgo al niño fallecido, lo que no es así, no sólo por lo que queda estudiado, sino también atendiendo a que el Tribunal de Instancia declaró, con la categoría de hecho probado decisivo en casación, que el solar donde ocurrió el accidente carecía de toda clase de cierres y vallados o elementos impeditivos de paso, pues era notorio que el lugar servía de campo de juego a los niños de la barriada cuando la Constructora San José, SA ya tenía material de construcción allí depositado y había empezado los trabajos de replanteo a cargo de operarios a su servicio, presentes en el momento de la descarga de la máquina, y sobre todo se había llevado el depósito de ésta, artefacto por sí ya peligroso y más su manejo por inexpertos. Esta actuación facilitó que los menores, ya que la grúa quedó casi en

condiciones de abandono, accedieran a su cabina al estar sujetas las puertas correderas con alambres fácilmente desmontables. A estos hechos hay que añadir que no se habían adoptado dispositivos de vigilancia efectivos, pues el operario don Carlos Antonio no era propio guarda contratado, sino simple operario al que se le había autorizado a pernoctar en una caseta de la obra y en el momento de los hechos se encontraba ausente del lugar.

Cierto que la concurrencia de acción u omisión culposa es apreciación fáctica propia de la instancia, pero al propio tiempo requiere una calificación jurídica revisable en casación (Sentencia de 29 de octubre de 1993), que en este caso lleva a declarar la concurrencia de actuar culposos manifiesto y negligente imputable a Constructora San José, SA, de conformidad a los artículos 1902 y 1903 del Código Civil, a lo que se anuda la creación de un riesgo potencial, al dejar la grúa en las condiciones que quedan estudiadas y en lugar frecuentado por menores, lo que presentaba la posibilidad casi cierta de que intentarían jugar con la máquina, máxime al ser fácil la entrada en el recinto y no darse actuación de vigilancia o control alguno, pues los hechos probados ponen bien de manifiesto lo contrario, es decir ausencia de toda medida de seguridad que la propia instalación exigía (Sentencias de 24 de enero y 11 de febrero de 1992, 8 de octubre de 1996, entre otras muy numerosas).

El primer motivo transcribió casi literalmente, lo que no era necesario, las razones que el Juez de Primera Instancia tuvo en cuenta para exculpar al resto de los codemandados y la sentencia de apelación ratificó, sin que se hubiera entrado a estudiar en concreto la responsabilidad de Constructora San José, SA, que ha de responder solidariamente con la aseguradora Bilbao, Compañía Anónima de Seguros y Reaseguros, en los términos de la Póliza suscrita, al resultar estimados los motivos.

Al asumir esta Sala de Casación Civil funciones de instancia, conforme autoriza el artículo 1715.1.3 de la Ley Procesal Civil, corresponde resolver lo procedente dentro de los términos en los que aparece planteado el debate procesal, lo que conduce a decretar la revocación de la sentencia del Juez de Primera Instancia y casación de la pronunciada en apelación, ya que se estima la demanda y se fija en quince millones la indemnización solicitada.

UNIONES DE HECHO

Propiedad común de la vivienda adquirida durante la convivencia e inscrita en pro indiviso a nombre de ambos aun cuando el precio de la misma se abonase con los ingresos que obtenía el conviviente, ya que ella se dedicaba al cuidado de la familia.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 14 DE MAYO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Don Emilio interpuso demanda de juicio ordinario declarativo de menor cuantía contra doña Francisca y alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado se dictara sentencia por la que: a) se declare y reconozca que la referida vivienda es de la sola y exclusiva propiedad de don Emilio. b) Alternativamente, se declare la participación en la indivisión es proporcional a las aportaciones de cada uno de los contratantes. c) Alternativamente, se reconozca un crédito en favor de don Emilio y por cuenta de doña Francisca, previo a la liquidación, por la cantidad de 2.844.500 pesetas más 118.462 pesetas en concepto de gastos derivados de la formalización de las escrituras públicas de compraventa y préstamo hipotecario, más la cantidad de 113.470 pesetas en concepto de cuotas hipotecarias amortizadas, así como el importe restante de la hipoteca sobre la referida vivienda (4.866.530 pesetas) y, deducido este crédito, el valor del inmueble sea dividido por la mitad y, asimismo que se condene a la demandada al pago de las costas de este procedimiento.
- ⦿ Doña Francisca contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia por la que se desestime la demanda, absolviendo a su representada y con imposición de costas al demandante.
- ⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de San Vicente del Raspeig (Alicante) dictó Sentencia el 16 de diciembre de 1996 desestimando la demanda y al no convenir los codueños en que se adjudique la vivienda a uno de ellos indemnizando al otro, se deberá vender la finca y se repartirá su precio, todo ello con expresa imposición de costas a la parte demandante.
- ⦿ En grado de apelación, la Sec. 6.ª de la AP de Alicante dictó Sentencia el 16 de abril de 1998 estimando el recurso interpuesto por don Emilio revocando la sentencia del juzgado estimó la demanda y declaró que la vivienda objeto del presente procedimiento es de exclusividad propiedad del actor, con imposición de las costas de la primera instancia a la demandada al ser preceptivas, y sin hacer especial declaración sobre las costas causadas en esta alzada.
- ⦿ Doña Francisca interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó y desestimó íntegramente la demanda interpuesta por don Emilio.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Don Emilio ejerció contra doña Francisca acción declarativa de propiedad sobre una determinada vivienda; como acción alternativa, acción declarativa de que, siendo cosa común, la participación es proporcional a las aportaciones económicas de cada uno; como otra acción alternativa más, declarativa de que la cosa es común por partes iguales, pero se reconozca el crédito a favor del demandante por la cuantía de sus aportaciones económicas y gastos.

Aquella vivienda se había adquirido por compraventa en escritura pública, por los dos litigantes, por mitad y partes iguales; ambos convivían *more uxorio*; no se ha instado la nulidad de dicho contrato.

La Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 6ª, de Alicante estimó probado la aportación económica exclusiva del demandante, y «que la demandada no aportó en su compra su parte correspondiente (económica, se entiende) lo que hace deducir la inexistencia de causa por falta de pago del precio», por lo que, sin declarar inexistencia, nulidad o ineficacia de la compraventa, estima la demanda; ciertamente, no se había pedido en el suplico de la misma, la declaración de simulación absoluta o relativa, ni por tanto, la inexistencia o nulidad del contrato de compraventa, que se había otorgado en escritura pública e inscrito en el Registro de la Propiedad, cuya rectificación o cancelación de la inscripción tampoco se había pedido.

La solución que da la Audiencia Provincial –y no digamos la del Juzgado que es claramente incongruente, aunque sí equitativa– es equivocada. La compraventa, como contrato que reúne los tres elementos del negocio jurídico bilateral, es válida y eficaz; tampoco se ha alegado nada en su contra, ni falta de elemento, ni vicio del consentimiento. La adquisición de la propiedad por los adquirentes, en indiviso y por partes iguales por contrato (título) y por escritura pública y posesión real (modo) es incólume y no ha sido impugnada.

La sentencia de la Audiencia Provincial aprecia simulación e inexistencia de causa, siendo así que no había sido pedida en el suplico de la demanda. Por lo cual, en el curso del proceso, no se había planteado la posible donación disimulada bajo un negocio jurídico con simulación relativa, o la donación de dinero como cosa mueble. Lo que sí se ha planteado es la relación de convivencia *more uxorio* y la sentencia recurrida ha ignorado la comunidad personal y patrimonial que lleva a la adquisición, por mitad y partes iguales, de la vivienda que va a ser la común.

Ha sido reiterada la jurisprudencia que ha estimado la demanda de la conviviente *more uxorio* frente al conviviente que reclama una parte de los bienes adquiridos durante el período de convivencia, que están bajo la titularidad del demandado. Este caso es el inverso: durante el período de convivencia, se adquiere un bien por mitad *pro indiviso* de los dos –la vivienda común– y, tras la ruptura, uno de ellos pretende que se declare su exclusiva propiedad; la sentencia recurrida estima su demanda, por entender que la verdadera voluntad era que fuera él el único adquirente, lo cual es absurdo pues en el negocio bilateral ella nunca tuvo esta voluntad, y por estimar la falta de causa porque ella «no aportó en su compra su parte correspondiente» e ignora que una convivencia es no sólo una comunidad económica, sino además una comunidad de vida y las aportaciones personales de la convivencia –además de tener un indiscutible valor económico (así, artículo 103, medida 3.ª, segundo párrafo)– no pueden obviarse al determinar la propiedad de una cosa común.

Tras lo expuesto, es clara la estimación del recurso de casación. Las partes adquirieron y así lo declararon voluntaria y conscientemente –ni siquiera se ha alegado lo contrario– la vivienda por mitad y partes iguales: el documento público hace prueba en cuanto a las declaraciones que hicieron, como dispone el artículo 1218 del Código Civil; la sentencia no lo ha estimado así y ha infringido dicho artículo, por lo que prospera el motivo primero.

Tras la adquisición, sin que se haya pedido la inexistencia, nulidad o ineficacia del contrato de compraventa en el que los compradores son los dos convivientes, una declaración de propiedad exclusiva a favor del demandante implicaría una transmisión que violaría la norma sobre ello, que consagra el artículo 609 del Código Civil, por lo que prospera el motivo segundo.

El mantenimiento durante toda la convivencia, de la cotitularidad dominical de los dos convivientes sobre su vivienda, adquirida por mitad y *pro indiviso*, implica que la petición por uno de ellos de que es de su exclusividad propiedad por haberla pagado desconociendo la colaboración y la aportación de ella, la infracción de la doctrina de los actos propios, por lo que prospera también el motivo tercero.

La parte demandante en ninguna de las instancias ha pedido que se declare nulo el contrato de compraventa; la sentencia recurrida no declara esta nulidad y aprecia la inexistencia de causa para, sin anular aquella compraventa, declarar la propiedad.

Lo cual infringe los artículos 1275, 1276 y 1277 del Código Civil y prospera el motivo cuarto.

Estimándose los motivos de casación contenidos en el núm. 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, esta Sala asume la instancia y, tal como dispone el artículo 1715.1.3 de la misma ley, resolverá lo procedente dentro de los términos en que aparece planteado el debate.

Tal como se ha dicho, la compraventa otorgada en escritura pública es válida y eficaz, ya que ni se ha alegado ni se ha pedido su invalidez o su ineficacia. Por ella, con título y modo, ambos litigantes, entonces convivientes, adquirieron “por mitades indivisas”, como se dice literalmente. El que pruebe, como afirma la sentencia de la Audiencia Provincial, “que fue adquirida con dinero de la exclusiva propiedad del mismo” (el demandante, conviviente) no implica que la vivienda sea de su exclusiva propiedad; ésta la adquirieron los dos, con intención consciente y libre: él aportó dinero, ella aportó su colaboración personal; de la misma forma que en un matrimonio con régimen económico-matrimonial de bienes, convenido en capitulaciones (cada vez más frecuente) o como régimen legal presuntivo (en Cataluña y Baleares) sería absurdo que tras una separación y a salvo las medidas que prevé la ley, el esposo que fuera el único que tuviera capacidad económica, obtuviera la propiedad exclusiva de todo lo adquirido a nombre de los dos: son los casos frecuentísimos, en que el fruto del ahorro –de los dos– se pone a nombre de ambos. Es decir, la prueba de la aportación económica no implica la consecuencia jurídica de

la propiedad exclusiva de lo adquirido, siendo así que el negocio jurídico de adquisición no ha sido impugnado y dándose el caso de las aportaciones personales de la convivencia concurren con las económicas, siendo indiscutible que el ahorro y el esfuerzo para tal adquisición son comunes. Por tanto, no puede estimarse la demanda en que pide la declaración de propiedad exclusiva de la vivienda adquirida en común.

Tampoco se puede estimar la pretensión alternativa de que se declare que la división de la cosa común sea proporcional a las aportaciones de cada uno de los adquirentes, porque lo que pretende y así se expresa claramente en la demanda, en que la proporción sea de las aportaciones exclusivamente económicas, prescindiendo de las personales propias de una convivencia, como si éstas no fueran tales aportaciones.

Asimismo, es inaceptable la última pretensión alternativa, que se le abonen por la demandada una serie de gastos, siendo así que no se plantea el abono a ésta de los gastos, esfuerzos y aportaciones personales debidas a la convivencia en general y al cuidado de la hija común en particular.

En definitiva, procede la desestimación de la demanda, lo que implica el mantenimiento de la copropiedad que consta en la escritura pública y está inscrita en el Registro de la Propiedad, imponiendo las costas, por imperativo del artículo 523 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, al demandante en las de primera instancia y sin hacer condena alguna en las de segunda instancia, ni en las de este recurso.

UNIONES DE HECHO

Carácter privativo del inmueble adquirido constante la convivencia *more uxorio* y que figura inscrito exclusivamente a nombre de la conviviente al no haberse acreditado que hubo una inequívoca voluntad de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 27 DE MAYO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Xavier O’Callaghan Muñoz

ANÁLISIS DEL CASO

⦿ Don Luis Manuel interpuso demanda de juicio ordinario declarativo de menor cuantía, contra doña Erica (madre de la fallecida doña Antonieta) y la herencia yacente y demás herederos e interesados en la herencia de doña Antonieta solicitando que se dictase sentencia por la que: a) Se declare que mi representado don Luis Manuel, y la fallecida doña Antonieta constituyeron tácitamente, durante su unión de hecho, una sociedad universal de ganancias, durante cuya vigencia adquirieron

el inmueble sito en Alicante y, por tanto, el mismo es de la propiedad en cuanto a una mitad indivisa de don Luis Manuel y en cuanto a la otra mitad indivisa de la herencia yacente de doña Antonieta o de los herederos de ésta. b) Alternativamente, y para el supuesto de que no se estime el pedimento anterior, se declare que el citado inmueble pertenece por mitad y proindiviso a mi representado, don Luis Manuel y a la herencia yacente de doña Antonieta o a sus herederos, al haberse constituido en su día una comunidad de bienes por don Luis Manuel y doña Antonieta sobre el referido inmueble. c) Condenar a la parte demandada a estar y pasar por las precedentes declaraciones y a que en ejecución de sentencia otorguen los documentos públicos y/o privados que sean necesarios a fin de que se inscriba en el Registro de la Propiedad a nombre de don Luis Manuel la mitad indivisa de citado inmueble, con cancelación de la inscripción que en cuanto a dicha mitad indivisa figura a nombre de doña Antonieta o de quienes ésta traiga causa, para lo que deberá dirigirse el correspondiente mandamiento al Sr. Registrador de la Propiedad del partido. d) Se condene a la parte demandada al pago de las costas del presente procedimiento.

⊙ Doña Erica, contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia desestimando todas y cada una de las pretensiones del actor por temerarias y con la expresa condena del mismo en costas dada su evidente temeridad y mala fe.

⊙ La herencia yacente y demás herederos e interesados en la herencia de doña Antonieta, fueron declarados en rebeldía por haber transcurrido el plazo sin haber comparecido en autos.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 4 de Alicante dictó Sentencia con fecha 4 de octubre de 1996 desestimando la demanda.

⊙ En grado de apelación, la Sec. 6.^a de la AP de Alicante dictó Sentencia el 13 de febrero de 1998 desestimando el recurso interpuesto por don Luis Manuel.

⊙ Don Luis Manuel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Habiéndose dado una convivencia *more uxorio* entre el demandante en la instancia y recurrente en casación don Luis Manuel y la fallecida doña Antonieta (siendo demandadas su madre doña Erica y su herencia yacente), esta última adquirió por compraventa un determinado piso, en documento privado elevado a escritura pública, siempre figurando ella como única compradora y adquirente.

Aquél, en la demanda interesó se declarara que se había constituido durante la convivencia una sociedad universal de ganancias y que el piso —como acción declarativa de dominio— era de su propiedad en su mitad indivisa; subsidiariamente, que se declarara tan sólo esto último. Las sentencias de instancia declararon, por una parte que a la unión de hecho no se aplica la normativa del régimen económico del matrimonio y que no necesariamente se constituye una sociedad universal de ganancias y en este caso no hubo inequívoca voluntad de hacer comunes todos o algunos de los bienes adquiridos durante la convivencia; por otra parte,

no se ha acreditado que el piso fuera adquirido por los dos, figurando sólo ella como compradora.

Así, se ha desestimado la demanda y se ha formulado el presente recurso de casación. La *quaestio iuris* queda, pues centrada en la declaración de dominio, si se había constituido una sociedad universal o si se había adquirido el piso por los dos en compraventa; es decir, si existe el título como primero de los elementos de la acción declarativa de dominio, lo cual ha sido negado por las sentencias de instancia.

Se alega por el recurrente la infracción los artículos 1665 y 1675 del Código Civil y se mantiene la existencia en el caso de autos de una sociedad universal de ganancias y la infracción del artículo 392 del Código Civil manteniendo que el piso se adquirió en comunidad de bienes.

Ambos motivos se desestiman, porque tal como se expresa en la sentencia de instancia, no siempre toda comunidad de vida —convivencia *more uxorio* o incluso el matrimonio— lleva consigo necesariamente

te una comunidad universal o sociedad universal de ganancias; en el presente caso, se ha acreditado que no hubo comunidad de ganancias, por más que hubiera actos comunes de disposición, pero consta que no hubo voluntad expresa o tácita de hacer comunes todos los bienes adquiridos, como el piso litigioso (motivo segundo); por otra parte, se ha acreditado que el piso concreto lo adquirió para sí y sin ninguna voluntad en contra, la fallecida doña Antonieta y nunca se pensó, ni hubo voluntad ni se declaró, que se adquiriera en copropiedad con el demandante (motivo cuarto).

En caso semejante, aunque no idéntico, la sentencia de esta Sala de 14 de este mismo mes y año desestimó la demanda, entre otros motivos y extremos, porque no se pidió la nulidad por simulación absoluta o relativa de la compraventa que había sido otorgada en escritura pública e inscrita en el Registro de la Propiedad.

En otro motivo se alega como infringida la doctrina jurisprudencial sobre la unión de hecho o convivencia *more uxorio*, manteniendo que ésta crea una comunidad, por lo que el piso adquirido lo fue para la comunidad formada por el demandante, recurrente en casación, y su pareja, hoy fallecida. No es así y el motivo se desestima. La jurisprudencia ha mantenido que tal convivencia carece de normativa específica, pero no constituye un vacío legal (Sentencias de 18 de mayo de 1992,

29 de octubre de 1997, 10 de marzo de 1998, 17 de enero de 2003), no siendo aplicable la normativa del régimen económico-matrimonial (Sentencias de 30 de diciembre de 1994, 4 de marzo de 1997, 17 de enero de 2003); ha negado la existencia de una comunidad (Sentencias de 21 de octubre de 1992 y 22 de enero de 2001) y ha apreciado, analizando cada caso concreto, al cesar la convivencia, una responsabilidad extracontractual (sentencia de 16 de diciembre de 1996), enriquecimiento injusto (sentencias de 11 de diciembre de 1992 y 27 de marzo de 2001), pensión compensatoria (Sentencias de 5 de julio de 2001 y 16 de julio de 2002), el principio general de evitar perjuicios a la parte más débil de la relación (Sentencia de 17 de enero de 2003) y ha apreciado comunidad (Sentencias de 18 de mayo de 1992, sociedad irregular de naturaleza mercantil, y 29 de octubre de 1997).

La Sentencia de 18 de marzo de 1995 partió de las sentencias de instancia que habían declarado probado que los convivientes, juntos, ejercieron actividades industriales y adquirieron bienes conjuntamente, lo que llevó a estimar una sociedad irregular. La de 11 de octubre de 1994 partió de la declaración del hecho probado que hubo voluntad de ambos determinante de hacer comunes determinados bienes. Es decir, lo contrario que el presente caso.

INCAPACIDAD

Declaración de la incapacidad respecto a la esfera patrimonial aunque sea capaz de regir su persona, ya que aunque conozca el alcance de sus actos por perjudiciales que sean, no puede evitarlos, razón que se traduce, entre otras, en una falta de control sobre su economía.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 25 DE MARZO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ El Ministerio Fiscal promovió demanda de menor cuantía solicitando la incapacidad de don Jesús Ángel con expresión de los límites de la incapacidad a que quede afecto y del régimen de guarda o tutela a que debe quedar sometido.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de Jesús Ángel, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho que estimó de aplicación: «... dicte sentencia absolviendo de la demanda a mi representado».
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 65 de Madrid dictó Sentencia el 13 de enero de 1997 estimando la demanda y declarando que don Jesús Ángel es capaz de regir su persona e incapaz para

cualquier acto de administración de sus bienes (contratación, disposición, etc., en todo el área patrimonial), por lo que se estima como lo más conveniente someterle a la tutela prevista en el artículo 222.2 del Código Civil, que tendrá por objeto la sustitución del tutor para todos los actos antes señalados. El tutor deberá ser nombrado en expediente aparte, conforme a las normas de Jurisdicción voluntaria. No se imponen expresamente las costas del presente procedimiento.

- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 22.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 15 de enero de 1998 desestimando el recurso interpuesto por don Jesús Ángel.
- ⊙ Don Jesús Ángel interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El único motivo del actual recurso de casación lo fundamenta la parte recurrente en la infracción del artículo 200 del Código Civil, y el mismo es desestimado por el Tribunal Supremo.

La parte recurrente cuya incapacitación se pretende a instancia del Ministerio Fiscal, según el *factum* de la sentencia recurrida, es una persona que presenta una serie de trastornos englobables en un cambio de personalidad debido a una enfermedad médica, cuya etiología de presunción parece recaer en una lesión de probable origen isquémico-traumático por parto distócico, que afecta a la región unco-amigdalina temporal izquierda de impotencia capital en el sistema líbico. Lo que se deriva un cuadro crónico mientras permaneciese la lesión, sin que sea posible establecer los resultados una vez curada la misma.

Todo lo cual lleva a dicha persona, según informe forense «a sufrir una patología que no es de suficiente entidad como para que alguien le

ayudase en las cuestiones concernientes a su salud, pero que en su actuación social no impide que conozca el alcance de sus actos por perjudiciales que sean, pero que no puede evitarlos, razón que se traduce, entre otras, en una falta de control sobre su economía» (*sic*).

Dicho esto, es lógico que deba acogerse la tesis de la sentencia recurrida, que determina que la persona cuya incapacitación se pide es capaz de regir su persona e incapaz para cualquier tipo de administración de sus bienes, en los que necesitará la actuación tutelar.

Con todo ello, además, se cumplimentan los requisitos que doctrina jurisprudencial de esta Sala exige para una declaración de incapacidad, ya que el sujeto en cuestión padece una enfermedad psicofísica constante con proyección de permanencia hacia el futuro con efectos graves sobre su capacidad volitiva y de decisión —en este caso sobre la administración de sus bienes—.

SUCESIONES

A pesar de que en el testamento se otorgaba a una de las hijas la facultad de elegir entre los lotes que se formasen, habiéndose aceptado por todos los herederos el cuaderno particional en el que nada se indicaba al respecto, aquella facultad quedó extinguida por novación.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 5 DE MAYO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Gullón Ballesteros

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Marina interpuso demanda de menor cuantía contra don Eusebio y don Gerardo y doña María Inés solicitando se dicte sentencia declarando que: «la planta NÚMooo y la planta sótano de la casa núm. NÚMoor del PASEOooo de esta ciudad, que constituyen las fincas registrales

núm. NÚMoo2 y NÚMoo3, respectivamente, son divisibles y procede poner fin a la Comunidad de Bienes constituida sobre ellas en la herencia de don Gerardo, en la proporción de una tercera parte para la demandante, otra tercera parte para el demandado don Eusebio, y otra tercera parte a favor de los hermanos don Gerardo y doña María Inés; que procede la división material de las expresadas fincas, de la forma que quedó convenida en el documento de 19 de diciembre de 1985, y gráficamente representado en el Croquis o Plano adjunto al mismo, firmado por todos los interesados en la Testamentaria del susodicho don Gerardo; que eventual o subsidiariamente, para el caso de que no fuera estimada la anterior petición, se declare que para la división material de las fincas dichas, se formen en ejecución de sentencia tres porciones de cada una de ellas, con el reconocimiento del derecho de la demandante a elegir la que más prefiera, según dispuso el causante don Gerardo en su testamento; condenar a los demandados a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y a realizar o costear conjuntamente con la actora, las obras y de constitución de los tabiques divisorios de la parte que haya de adjudicarse a ésta, y al pago de las costas de este procedimiento.

⦿ Admitida a trámite la demanda y emplazada la mencionada parte demandada, su representante legal la contestó oponiéndose a la misma, en base a los hechos y fundamentos de derecho que tuvo por conveniente para terminar suplicando se dictase sentencia desestimando la demanda con expresa imposición de costas a la parte actora.

⦿ El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Talavera de la Reina dictó Sentencia el 17 de febrero de 1997, desestimó la demanda sin entrar en el fondo del asunto, por acoger la excepción de litisconsorcio pasivo necesario, pues no fueron demandados los propietarios de los pisos constitutivos del edificio sometido a régimen de propiedad horizontal.

⦿ En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la AP de Toledo dictó Sentencia el 18 de febrero de 1988 estimando en parte el recurso y revocando la sentencia de instancia declarando haber lugar a la extinción de la comunidad de bienes existente en la planta NÚMooo y planta sótano de la casa núm. NÚMoor de la calle PASEOooo de Talavera de la Reina, procediendo su división material mediante la formación de tres lotes, con exclusión del espacio destinado a portales, en la forma que se determine en ejecución de sentencia, pudiendo elegir el que prefiera la parte actora, condenando a los demandados a estar y pasar por los anteriores pronunciamientos y a realizar o costear conjuntamente con la actora las obras necesarias para ello. Sin hacer expresa declaración sobre las costas causadas en ambas instancias.

⦿ Tanto doña Marina como don Eusebio y don Gerardo interpusieron recursos de casación, confirmando el Tribunal Supremo la Sentencia de la Audiencia si bien eliminó de su fallo las frases «con exclusión del espacio destinado a portales» y «pudiendo elegir de ellos el que prefiera la parte actora».

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se ejercitó mediante la demanda rectora del presente procedimiento acción de división de cosa común, al amparo de lo preceptuado en el artículo 400 del Código Civil, con respecto a los bienes descritos en la demanda, adquiridos por herencia de don Gerardo, padre de doña Marina y don Eusebio, actora y demandado, respectivamente, y abuelo de los también codemandados don Gerardo y doña María Inés.

1. Recurso de doña Marina.

Alega la recurrente la infracción del núm. 1 del artículo 16 Ley Propiedad Horizontal y jurisprudencia que lo interpreta, y está dirigido a combatir la *ratio decidendi* de la sentencia recurrida. La misma reconoce que en la escritura de declaración de obra nueva y propiedad horizontal, otorgada el 18 de octubre de 1971, se describían dos portales de

acceso al edificio, cada uno con su correspondiente zaguán, cuarto-portería, escalera y dos ascensores, una para uso de las viviendas de las plantas cuarta a la decimosegunda, y otra para uso y servicio de las plantas primera, segunda y tercera; reconocía también que por acuerdo de la Junta de Propietarios de 1 de marzo de 1972 del edificio se acordó unánimemente que el edificio tuviera dos escaleras pero con único portal, facultándose al constructor (que otorgó la escritura de obra nueva y propiedad horizontal en representación de los dueños y promotores del edificio, padres de la actora y recurrente y del demandado don Eusebio, y abuelos de los demandados don Gerardo y doña María Inés), para que procediese a la correspondiente rectificación de la descripción física del edificio. Pero, no obstante, concluye, «lo cierto es que la discordancia entre la realidad física y la registral que pretende probar la parte actora ha de ser subsanada por el procedimiento correspondiente de rectificación registral, no pudiendo hasta entonces ser objeto de división un espacio que según escritura pública está destinado a portal».

La recurrente argumenta, en contra de la sentencia, que «por este acuerdo unánime adoptado por los propietarios al poco tiempo de iniciarse la venta, quedó de hecho y de Derecho, privatizado y desafectado en su condición de elemento común, la superficie que en su día fue proyectada como portal particular, sin que para su efectividad y reconocimiento sea preciso ni escritura pública ni su inscripción registral, ni procedimiento especial alguno para la subsanación o rectificación registral». Afirma también «que sólo por aquel acuerdo, que fue ejecutado de inmediato, quedó el espacio destinado a portal particular incorporado y formando parte del local comercial de la planta baja. Y ello, desde el año 1972, sin que en esos veintiséis años transcurridos hasta el día de la fecha, ninguno de los propietarios del edificio, ni tan siquiera los hoy demandados, hayan formulado reclamación de ningún tipo, ni haya sido invocada la discordancia entre la realidad física y la inscripción registral, para pedir la construcción de la planta baja de la forma que en principio se proyectó, dotándola de ese segundo portal, con la constitución de esa segunda Comunidad de Propietarios formada por los dueños de las viviendas de las plantas primera, segunda y tercera, que son justamente los hoy litigantes».

El motivo se estima en cuanto no se exige por el artículo 16 Ley Propiedad Horizontal ni la escritura pública en la que conste el acuerdo de modificación del título constitutivo de la propiedad horizontal, ni su inscripción en el Registro de la Propiedad. La falta de inscripción determinará exclusivamente la inoponibilidad del acuerdo a terceros de buena

fe, pero en el caso litigioso está cualidad no se da en ninguna de las partes del pleito, al ser sucesoras *mortis causa* de los antiguos propietarios de los locales comerciales (y promotores del edificio) cuya división material se pide en la demanda. Por tanto, si la sentencia recurrida da como hechos probados que el acuerdo unánime existió, que nunca se formaron dos comunidades sino una sola, correspondiendo el único portal del edificio a la misma, no es razonable invocar la prevalencia de la realidad registral frente a la fáctica frente a quienes conocían, no sólo sus causantes, sino ellos mismos, esta última realidad. El acuerdo ha de ser ejecutado mediante los instrumentos oportunos, la cuestión es así de simple, pero ello obviamente no implica que no existiese. Además, contra el mismo nadie ha reclamado nunca ninguna clase de ineficacia desde el año 1972, en que se adoptó. Por tanto, los metros cuadrados que hubieran correspondido al segundo portal (para los pisos primero, segundo y tercero) pasaron desde entonces al local comercial de planta baja.

En otro motivo se acusa la infracción de los artículos 402, 1256 y 1258, todos del Código Civil. En sustancia, se combate la no estimación de la pretensión principal de la demanda, que era la división de los locales según pactaron las partes en documento privado de 19 de diciembre de 1985. En pro de su acogida se alegan los estatutos de la escritura de Propiedad Horizontal que expresamente facultaban a los propietarios de aquellos locales para efectuar en ellos agrupaciones, segregaciones, etc. El motivo se desestima por el Tribunal Supremo. El documento privado de 19 de diciembre de 1985 contiene las reglas para la división y adjudicación entre los herederos de la herencia del causante, don Gerardo, y se señaló en un croquis la forma de distribuir los locales entre ellos, pero la posterior escritura pública de partición hereditaria de 26 de febrero de 1986, otorgada por contador-partidor y aceptada por los herederos, dividió toda la herencia del causante sin que en ella se recogiese lo estipulado en el documento privado anterior en cuanto a los locales comerciales, ni se hiciese ninguna reserva en favor de su aplicación. En estas condiciones, ha de interpretarse que la escritura pública novó el documento privado, pues es totalmente incompatible con él. En la primera se adjudicaron a doña Marina y don Eusebio la tercera parte indivisa de los locales cada uno, y don Gerardo y doña María Inés, nietos del testador, la otra tercera parte indivisa.

2. Recurso de don Eusebio y don Gerardo.

El único motivo de casación acusa infracción de los artículos 1057, 1058 y concordantes (*sic*) del Código Civil y de la jurisprudencia interpretativa de dichos párrafos. Se sustancia en que la sentencia

recurrir concede a doña Marina una facultad de elección entre los lotes formados por la división que no se contiene en la escritura de partición hereditaria de 1986, por lo que se deja sin efecto la misma, siendo así que no es impugnado por cuanto se redacta por albacea contador-partidor y se acepta por todos los interesados en la herencia.

El motivo está erróneamente fundamentado, porque es constante y reiterada la doctrina de esta Sala de que no debe basarse un motivo casacional sino en la infracción de concretos y específicos preceptos legales, y la mención de los «concordantes» es opuesta a ello, no siendo tarea de esta Sala la de averiguar a cuál se refiere el recurrente. No obstante, el motivo puede examinarse eliminando la susodicha mención, el defecto es subsanable.

La partición de la herencia del causante creó un estado entre los herederos que no puede alterarse sin que se ataque la eficacia y validez de la misma (artículos 1057 y 1058). El análisis del cuaderno particional revela que la atribución de la facultad de opción a doña Marina no tiene el menor asiento en él. Ciertamente que en el testamento del causante el mismo ordenó que «con las demás casas o enramadas y en general fincas urbanas que haya, se harán tres lotes, uno para cada hijo, pudiendo doña Marina escoger el que prefiera». Pero en la escritura de partición otorgada el contador-partidor designado por el causante, no aparece nada más que

la formación de lotes para cada heredero (en los que se incluye la tercera parte indivisa en los locales litigiosos), sin alusión alguna a la facultad concedida a doña Marina, y la partición hecha es aceptada por todos. La Audiencia, por lo tanto, ha operado erróneamente, como si se hubiese ejercitado una acción rectificadora de la partición en lo que no se ajusta a lo ordenado por el causante, lo que de ningún modo ha sucedido, y ha ignorado que la repetida facultad de elección se refiere a lotes hereditarios, y es inapropiada traerla a colación cuando se trata pura y simple en este pleito de dividir una comunidad ordinaria entre copropietarios de dos locales comerciales, comunidad formada especialmente tras la partición de la herencia.

Por tanto, el único motivo del recurso se estima.

La estimación del primero de los recursos lleva consigo la casación parcial de la sentencia recurrida por cuanto ha de anularse de su fallo la frase «exclusión del espacio destinado a portales». La del segundo conlleva también la casación parcial, debiendo anularse la frase «pudiendo elegir entre ellos el que prefiera la parte actora». Se hace la aclaración que la «exclusión del espacio destinado a portales» se refiere al que fue proyectado para uso y servicio de los pisos primero, segundo, y tercero del edificio.

SUCESIONES

Ineficacia de un testamento ológrafo otorgado por la testadora a favor de un sacerdote por contener instrucciones reservadas respecto al reparto de los bienes.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 19 DE MAYO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Ignacio Sierra Gil de la Cuesta

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Elsa interpuso demanda de menor cuantía contra don José Carlos, solicitando que se dictase sentencia por la que, estimando íntegramente la demanda, se declare la nulidad del testamento ológrafo otorgado por doña María Cristina en Pravia el día 15 de julio de 1990, privándose al mismo de todo efecto, con expresa imposición de costas al demandado.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda, por la representación procesal de la parte demandada, se contestó la misma, en la que terminaba suplicando al Juzgado, tras los hechos y fundamentos de derecho

que estimó de aplicación: «... dictar sentencia por la que desestimando íntegramente la demanda interpuesta por doña Elsa, se declare la validez del testamento ológrafo otorgado por doña María Cristina, con expresa imposición de las costas a la demandante».

- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia de Pravia dictó Sentencia el 21 de octubre de 1997 desestimando íntegramente la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 1.^a de la AP de Oviedo dictó Sentencia el 31 de marzo de 1998 estimando el recurso interpuesto por doña Elsa y con revocación de la recurrida, estimó la demanda presentada por doña Elsa frente a don José Carlos, declarando la nulidad del testamento ológrafo otorgado por doña María Cristina en Pravia el 15 de julio de 1990 por las razones expresadas en los FFJJ 1 al 5 de la presente resolución, con imposición de costas de primera instancia al demandado y sin hacer especial declaración de las del recurso.
- ⊙ Don José Carlos interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

El motivo de casación no es otro que la infracción de las normas del ordenamiento jurídico, concretamente el artículo 785.4 del Código Civil y de la jurisprudencia interpretativa de dicho artículo, entre otras STS de 6 de junio de 1906, y STS de 24 de mayo de 1954, así como de la postura jurisprudencial equivalente al principio *favor testamenti*, al amparo todo ello del artículo 1692, motivo 4.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil.

El motivo es desestimado por el Tribunal Supremo. En efecto, el núcleo del presente recurso es determinar si en el testamento ológrafo otorgado por María Cristina, el 15 de julio de 1990, la intención de dicha testadora era designar a José Carlos como verdadero heredero, o si por el contrario esta persona era un simple ejecutor de instrucciones reservadas que le había dado *in voce* y con anterioridad la testadora con fines benéficos.

Dicha determinación es esencial, pues en el caso de que se aceptara la segunda hipótesis, ello llevaría a la declaración de ineficacia de las únicas cláusulas contenidas en el referido testamento ológrafo, a tenor de lo dispuesto en el artículo 785.4 del Código Civil.

Pues bien, del *factum* de la sentencia recurrida, alcanzado a través de una hermenéusis lógica y racional, se llega a la conclusión que María Cristina tenía, con respecto a José Carlos, debido al estado sacerdotal de éste, una profunda y dilatada vinculación anímica, que actuaba como confesor y director espiritual. Y ello, se refleja en el testamento ológrafo en cuestión en el que se emplean expresiones que indican de una manera

clara e indudable que la testadora designó heredero a José Carlos y consignó el encargo sobre el destino de sus bienes porque había decidido con él la aplicación de su patrimonio en algún fin relacionado con el ministerio sacerdotal, y por ser la persona en quien tenía depositada su confianza. Además dichas instrucciones sólo son conocidas por el ahora recurrente aunque lo único que se sabe, es que, persiguen dichas instrucciones un fin piadoso, de caridad o espiritual.

Dicho lo anterior, es preciso traer a colación la abrumadora doctrina jurisprudencial que determina que la interpretación de las disposiciones testamentarias es facultad que corresponde y está enclavada en el área de la soberanía del juzgador de instancia (por todas las Sentencias de 30 de enero y 27 de febrero de 1997).

Por ello no queda más remedio que afirmar que el testamento ológrafo, de fecha 15 de julio de 1990 otorgado por María Cristina, está incurso en el apartado 4 del artículo 785 del Código Civil, ya que contiene instrucciones reservadas comunicadas por la testadora, lo que tiene que llevar a la ineficacia —no surtir efectos— de dicho instrumento testamentario. Todo ello, además, queda corroborado con las frases obrantes en el testamento, que literalmente rezan de la siguiente manera: «que le sea todo entregado a don José Carlos. Espero que sea todo entregado, bajo conciencia y se cumpla mi deseo a las 48 horas de mi fallecimiento. Repito a don José Carlos que es el que sabe lo que tiene que hacer». Frases que corroboran claramente la tesis mantenida en la sentencia recurrida.

SUCESIONES

Los legados de bienes que anteriormente habían pertenecido a la sociedad de gananciales, realizados por uno de los cónyuges después del fallecimiento del otro se rigen, por analogía, por la norma del artículo 1380 del CC, y por tanto producirán todos los efectos si fuere adjudicado en la herencia del testador, y en caso contrario, sólo se entenderá legado el valor que tuviera al tiempo del fallecimiento.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Antonio Romero Lorenzo

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Don Esteban y doña María Antonieta se hallaban casados bajo el régimen de gananciales, teniendo carácter común todos sus bienes.
- ⦿ Don Esteban falleció bajo testamento en el que instituía herederos a sus cuatro hijos, sin hacer adjudicaciones de bienes concretos a los mismos.
- ⦿ Antes de haberse procedido a liquidar la sociedad de gananciales falleció en 1995, doña María Antonieta, quien en su testamento otorgado un año antes, instituyó dos legados: Uno, a favor de sus hijas doña Angelina y doña Inés, integrado por cuatro viviendas, y otro, a favor de su nieto don José Pedro, hijo de doña Inés, consistente en tres locales en planta baja.
- ⦿ Don José Pedro y doña Inés interpusieron demanda de menor cuantía contra don Andrés, doña Angelina y don Guillermo, y sus respectivos esposos/esposas, sobre disposición testamentaria de un bien ganancial, solicitando que se dictase sentencia condenando a los tres demandados a hacer entrega y dar posesión a cada uno de los actores de sus respectivos legados, tal y como se determinan en el Hecho Primero de esta demanda; más al pago del importe de todas las rentas producidas por los inmuebles que los constituyen y sus intereses producidos desde la fecha del fallecimiento de la causante, en 7 de abril de 1995; expidiéndose los correspondientes mandamientos a los Registros de la Propiedad de Logroño, por duplicado, al efecto de sus correspondientes inscripciones registrales, con condena a los demandados solidariamente al pago de las costas del presente procedimiento.
- ⦿ Don Guillermo y de don Andrés se personaron en autos y contestaron a la demanda solicitando su desestimación.
- ⦿ Doña Angelina, contestó a la demanda y tras oponer los hechos y fundamentos de derecho que constan en autos, terminó suplicando se dicte sentencia por la que: «... se desestimen las pretensiones del actor, don José Pedro en cuanto a la entrega como legado de los bienes descritos en la cláusula primera del testamento de doña María Antonieta otorgado en la ciudad de Nájera el 1 de junio de 1994 adjudicados a su favor, así como de las rentas correspondientes a dichos bienes, al tener que quedar circunscrito el legado a la mitad indivisa de tales bienes que pertenecían efectivamente a la causante; y quedando en todo caso supeditada dicha entrega y reconocimiento de propiedad a lo que pudiera resultar de la declaración como inoficiosos y excesivos de dichos legados, todo ello con expresa imposición de costas a dicho actor y sin perjuicio de lo que pudieran resultar en otro procedimiento sobre la validez y eficacia del propio testamento y sus disposiciones». A su vez, formuló reconvencción alegando los hechos y fundamentos de derecho que consideró pertinentes, terminó

suplicando en su día se dicte sentencia por la que «... los legados hechos por la testadora don María Antonieta a favor del nieto don José Pedro, en testamento otorgado ante el notario de Nájera don José Enrique Goma Salcedo el 28 de septiembre de 1995, deben ser reducidos por inoficiosos y excesivos en lo que exceda del tercio de libre disposición de dicha causante, con los efectos inherentes a tal declaración y con expresa imposición de costas al reconvenido».

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Logroño dictó Sentencia el 21 de octubre de 1996 estimando la demanda y condenando a los demandados a que abonen a don José Pedro la mitad de las rentas producidas por los inmuebles al mismo legados por doña María Antonieta, a consecuencia de su arrendamiento, más la mitad de los intereses devengados por tales rentas en las cuentas bancarias donde fueron ingresadas. Todo ello a calcular en ejecución de sentencia, y comprendiendo las rentas e intereses devengados desde el 7 de abril de 1995, manteniéndose el deber de entregar ese cincuenta por ciento de las rentas hasta la entrega al legatario de los bienes, o su valor, en su caso. Que igualmente se desestima la demanda reconventional formulada por doña Angelina.

⊙ En grado de apelación, la AP de La Rioja dictó Sentencia en el 21 de abril de 1998 estimando el recurso interpuesto por los actores y desestimando el interpuesto por los demandados, acordando que procedía la entrega a don José y doña Inés, de sus respectivos legados, así como las rentas e intereses por los mismos originados, conforme se expresa en el fundamento de derecho tercero de la presente.

⊙ Don Andrés y don Guillermo interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primero de los motivos se denuncia la infracción del artículo 1380 del Código Civil, calificando los recurrentes de cuestión fundamental la de determinar si es ajustado a Derecho la orden de entrega de legados de cosas gananciales sin haberse practicado la liquidación de la sociedad conyugal, ni las operaciones particionales correspondientes. Se señala que el momento decisivo para calificar la eficacia de la disposición testamentaria objeto de controversia es el de la liquidación de la citada sociedad, por lo que mientras la misma no se lleve a cabo no podrá tener lugar la entrega de la cosa o de su equivalente, como dispone el precepto mencionado. Aparte de ello, se aduce que no se sabe hasta qué punto la testadora había respetado la legítima de los herederos forzosos.

En cuanto a la extensa argumentación de los recurrentes que acaba de resumirse, ha de tenerse en cuenta, por una parte, que la Audiencia Provincial —que en este punto se muestra totalmente de acuerdo con la sentencia del Juzgado— considera probado por el informe pericial ratificado a presencia judicial que ha de excluirse por completo que los legados fueran inoficiosos, como afirmaban los demandados.

En otro orden de cosas, en modo alguno puede considerarse infringido por la sentencia de apelación el artículo 1380 del Código Civil, por cuanto el mismo es citado hasta cuatro veces en los Fundamentos de Derecho de dicha resolución, afirmándose que ha de ser aplicado al tema de litigio por cuanto la causante de los litigantes había manifestado en su testamento que instituía los legados de cosa cierta y determinada controvertidos «a sabiendas de que corresponden a la sociedad de gananciales habida con su difunto esposo».

A partir de tal planteamiento, el Tribunal de apelación niega que dichos legados sean de cosa ajena y ordena que se dé cumplimiento a los mismos, ya mediante la entrega de los bienes objeto de las disposiciones, ya por la del valor correspondiente, de acuerdo con lo que previene el artículo 1380 del Código Civil. En consecuencia, debe ser rechazado el motivo objeto de consideración.

En el segundo motivo se denuncia la infracción del artículo 1379, en relación con los artículos 813 y 817 del Código Civil, afirmándose que la sentencia que se recurre lesiona el principio de intangibilidad de las legítimas, que ha de considerarse fundamental en el ámbito sucesorio.

Ha de ser descartada ante todo, que haya sido infringido el artículo 1379 del Código Civil, pues de acuerdo con lo expuesto en el anterior apartado los legados instituidos por la causante de los litigantes no se ajustaron a los límites a que se refiere dicho precepto.

Realmente, ni siquiera puede decirse que fuera jurídicamente correcta la frase utilizada por la testadora al manifestar que adoptaba su determinación a sabiendas del carácter ganancial de los bienes que legaba. En efecto, en el momento en que dicha señora otorga su testamento, ya había fallecido su esposo, por lo que se había extinguido la sociedad conyugal a la que aludía pasando los bienes que anteriormente se hallaron integrados en la misma a formar parte de la comunidad posganancial, pendiente de división que la había sustituido.

A falta de norma expresa que regule esta nueva situación, esta Sala ha entendido que debía aplicarse a la misma por analogía el artículo 1380 del Código Civil (Sentencias de 11 de mayo de 2000 y 26 de abril de 1997) y esto es lo que en definitiva ha realizado la Audiencia Provincial.

Debe recordarse, finalmente, que dicho Tribunal, valorando la prueba practicada, ha considerado acreditado que los legados que son objeto de controversia no perjudica la legítima de los herederos forzosos, por lo que tampoco puede aceptarse que la sentencia recurrida haya infringido los artículos 813 y 817 del Código Civil.

En atención a todo lo expuesto, debe ser igualmente desestimado el presente motivo.

En el último motivo se denuncia la infracción del artículo 885 del Código Civil, en relación con el artículo 813 del mismo Cuerpo legal, reiterándose, a través de una argumentación no excesivamente clara, la alusión a la posible inoficiosidad de los legados instituidos por la causante común a favor de los demandantes, lo que hace necesaria la previa liquidación de la sociedad conyugal y la subsiguiente partición hereditaria. El motivo ha de ser también desestimado, por cuanto la Audiencia Provincial, según ya se ha dicho, negó la posibilidad de que los legados controvertidos fueren inoficiosos.

SUCESIONES

No procede la acción de división de la cosa común respecto a un bien que forma parte de la comunidad hereditaria cuando no consta haberse practicado, tras la aceptación de la herencia por los herederos, la partición de aquélla y la subsiguiente adjudicación de dicho bien que puede darse a todos, a varios o incluso a uno solo de los coherederos.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz

ANÁLISIS DEL CASO

⦿ Doña Sandra, doña Lorenza, doña Almudena y doña María Luisa interpusieron demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía contra doña Raquel, don Manuel, don José Ramón y doña Dolores solicitando que se dictase sentencia declarando: 1.ª La división de la cosa común, constituida por un solar sobre el que se ha edificado una nave y cuyo solar está descrito en el hecho segundo de la demanda e inscrito en el Registro de la Propiedad a nombre de doña Amparo y cuya división se hará entre todos los herederos y comuneros indivisos y en caso de no ser susceptible de división o inservible para el uso a que se destina se adjudique a uno de ellos, indemnizando a los demás y en el supuesto de no aceptarse esta solución se vendan y se reparta el precio entre los herederos. 2.º Se declare que los demandados doña Dolores y don José Ramón han de abonar la cantidad en pesetas que se fije en ejecución de sentencia por la posesión y disfrute desde el año 1962 del solar y de la nave, descrito el primero en el hecho segundo de la demanda, a los demandantes. Con imposición de costas a los demandados en todos los supuestos.

- ⊙ Los demandados don José Ramón y doña Dolores contestaron a la demanda oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación y terminó suplicando al Juzgado dictase sentencia por la que desestimando en todas sus partes las peticiones de súplica de las actoras, absuelva de las mismas a mis representados, imponiendo expresamente a las demandantes las costas del litigio. Los demandados doña Raquel y don Manuel fueron declarados en rebeldía.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Madrid dictó Sentencia el 6 de mayo de 1996 estimando la demanda y dando lugar a la división de cosa común sobre el inmueble reflejado en el hecho primero de esta resolución a realizar entre todos los herederos directos e indirectos de la titular doña Amparo, siempre que sea susceptible de división y no inservible para el uso al que se destina y en otro caso adjudique a uno de los herederos indemnizando a los demás y en otro caso se venderá y repartirá su precio y los demandados don José Ramón y doña Dolores deberán abonar a los demás herederos la cantidad que se fije en ejecución de sentencia por la posesión y disfrute del inmueble de referencia desde 1962 con imposición de costas a los citados demandados.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. II.^a de la AP de Madrid dictó Sentencia el 7 de marzo de 1998 estimando el recurso de apelación formulado por don José Ramón y doña Dolores, revocando la sentencia del juzgado y desestimando la demanda.
- ⊙ Doña Sandra, doña María Luisa y doña Almudena interpusieron recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión que en el presente proceso se ha planteado es si se puede ejercitar la *actio communi dividundo* respecto a un bien concreto que forma parte de un patrimonio hereditario, cuyo contenido no consta, sin haberse practicado, tras la aceptación de la herencia por los herederos, la partición de aquél y subsiguiente adjudicación de dicho bien que puede darse a todos, a varios o incluso a uno solo de los coherederos.

Formulada demanda de división de cosa común, al amparo del artículo 400 del Código Civil, sobre una finca del patrimonio hereditario de la fallecida doña Amparo, por unos presuntos coherederos contra otros, aunque no consta su carácter de herederos tras la aceptación de la herencia, la Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección II.^a, de Madrid, de 7 de marzo de 1998, revocando la dictada en primera instancia, desestimó la demanda por, esencialmente y tal como se expresa: «Estamos en presencia de un bien singular perteneciente a un patrimonio hereditario indiviso sobre el cual no consta que los actores tengan una cuota concreta de propiedad indivisa que les haya sido adjudicada en la partición de la herencia, cuya partición no han acreditado que se haya llevado a cabo y que, como hemos dicho, es presupuesto material imprescindible para la viabilidad de la acción de división que han ejercitado,

porque pudiera darse el caso que realizada la partición no se les adjudicara el bien inmueble cuya división se pretende».

Contra ésta se ha formulado por la parte actora el presente recurso de casación, en cinco motivos: los dos primeros, alegan incongruencia en la sentencia de instancia; el tercero, plantea una cuestión nueva; el cuarto y el quinto se refieren al fondo de derecho material del asunto.

El concepto de partición de la herencia, sinónimo a división de la misma, es el acto –negocial o judicial– que pone fin a la comunidad hereditaria mediante la adjudicación a los herederos de las titularidades activas que forman parte del contenido de la herencia. Con la partición cesa la comunidad hereditaria y el derecho en abstracto que tienen los coherederos sobre la herencia se transforma en derecho concreto sobre los bienes que se le adjudican a cada uno (artículo 1068 del Código Civil). Antes de la partición, la comunidad hereditaria está formada por el patrimonio hereditario cuya titularidad corresponde a los coherederos conjuntamente; es decir, éstos tienen un derecho hereditario que no está concretado sobre bienes determinados, sino recae sobre el total que integra el contenido de la herencia; es una sola comunidad sobre la universalidad de los bienes y derechos hereditarios. Los titulares, coherederos, lo son del

todo considerado unitariamente, sin corresponderles una participación concreta en cada uno de los bienes y derechos.

La Sentencia de 25 de mayo de 1992 dice explícitamente que «en tanto no se practique la partición de la herencia no puede hablarse de que tal finca sea objeto de una copropiedad por iguales partes entre los coherederos, sino que la misma forma parte de la comunidad hereditaria» y la de 6 de octubre de 1997, en el mismo sentido, dice: «todos los herederos tienen una comunidad hereditaria con derechos indeterminados mientras que no haya partición».

La partición, pues, sustituye la cuota que cada coheredero tiene en la comunidad hereditaria, por la titularidad exclusiva en los bienes o derechos que se la adjudican; la partición especifica o determina qué bienes concretos corresponden a cada coheredero: es la teoría sustitutiva o especificativa de la partición, mantenida por la doctrina moderna y la jurisprudencia, en Sentencias de 21 de julio de 1986, 13 de octubre de 1998, 21 de mayo de 1990, 5 de marzo de 1991, 28 de junio de 2001.

Consecuencia de lo expuesto es la desestimación de los anteriores motivos, fundados en el núm. 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento

Civil. No se ha infringido el artículo 400 del Código Civil (motivo cuarto) puesto que la *actio communi dividundo* que establece, procedente directamente del Derecho romano, no puede ejercitarse por quienes carecen —como los demandantes, recurrentes en casación— de un derecho de propiedad —copropiedad— sobre la finca cuya división pretenden; como se ha dicho, carecen de tal derecho, porque tienen un derecho abstracto sobre la totalidad del patrimonio hereditario, en comunidad con los demás coherederos, que no se especificará sobre la finca concreta hasta que se les haya adjudicado —si a ellos se les adjudica en todo o en parte— por la partición de la herencia.

La Sentencia de 23 de febrero de 1995 mencionada en el motivo cuarto, no plantea esta cuestión, sino la relación de una acción de división de cosa común con la colación de unas cuotas donadas y la inoficiosidad de la donación.

Al desestimarse el motivo anterior, tampoco puede darse infracción de los artículos 404 y 1062 del Código Civil (motivo quinto) sobre la división no material sino económica, de la cosa indivisible, pues no cabe división de cosa, divisible o indivisible, que no es común a varios copropietarios, sino que forma parte de una comunidad hereditaria.

SUCESIONES

Ineficacia del testamento otorgado por el padre al no haberse practicado la liquidación de la sociedad de gananciales y haber dispuesto tanto de los bienes propios como de los pertenecientes a la sociedad posganancial.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 10 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don José Manuel Martínez-Pereda Rodríguez

ANÁLISIS DEL CASO

- El día 22 de febrero de 1940, don Rosendo, natural de Valencia y doña Raquel, contrajeron matrimonio canónico en la Iglesia Parroquial de Santa Catalina y San Agustín de Valencia, sin haber otorgado capitulaciones matrimoniales.
- El matrimonio se contrajo, por tanto, bajo el régimen de gananciales, dada la pertenencia personal del esposo al derecho común.
- De dicha unión y durante su residencia en Valencia nacieron cuatro hijos, Elisa, Bartolomé, Elisa y Luis María, vivos todos excepto la primera fallecida cuando contaba pocos meses.
- Pasados algunos años, la familia trasladó su residencia a Palma de Mallorca, en la que continuó hasta el óbito de los padres.

- ⊙ Doña Raquel falleció en Palma el 13 de enero de 1985, habiendo otorgado testamento ante el Notario de Palma de Mallorca, don Rafael Gil Mendoza el 8 de mayo de 1979, por el que legó a sus hijos, Bartolomé, Elisa y Luis María, la legítima que en derecho les corresponde, con sustitución vulgar a favor de sus respectivos descendientes, instituyendo heredero universal, en todos sus bienes, derechos y acciones, a su marido, don Rosendo, sustituyéndole vulgarmente por los descendientes de la testadora.
- ⊙ El 8 de marzo de 1993 falleció en la misma ciudad, don Rosendo, que por testamento otorgado el 26 de septiembre de 1991, ante el Notario de Palma de Mallorca, don Raimundo Clar Garau, modificado el 6 de marzo de 1993, después de instituir en la posición legitimaria de su herencia a las personas con derecho a ella y nombrar e instituir herederos de libre disposición a sus tres hijos, en pago de los servicios prestados, lega a doña María José la vivienda de Palma de Mallorca; lo modificó en el sentido de reconocer a su hijo, Bartolomé la legítima estricta de su herencia y el resto del que debía asignarse a tal hijo se asigna a sus nietas, Carina e Inés.
- ⊙ Al producirse la muerte de don Rosendo no se había efectuado la liquidación de la sociedad conyugal de gananciales, disuelta por el fallecimiento de su esposa el 13 de enero de 1985. Tampoco se había aceptado la herencia de dicha señora Raquel por sus hijos legitimarios, que sigue yacente.
- ⊙ Doña Elisa interpuso demanda de menor cuantía contra don Bartolomé y don Luis María, doña María Inmaculada y doña Carina solicitando que se dictase sentencia declarando que el régimen económico constantemente mantenido entre los consortes, don Bartolomé y doña Raquel fue el de gananciales, cuya sociedad se disolvió el día 13 de enero de 1985 por fallecimiento de la esposa, estando pendiente de liquidación dicha sociedad conyugal, condenando a dichos demandados a estar y pasar por las precedentes declaraciones y sus naturales consecuencias.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda y comparecidos los demandados, doña Carina y doña María Inmaculada y don Bartolomé, presentaron escrito allanándose a la misma.
- ⊙ El codemandado, don Luis María se opuso a la demanda, que contestó, alegando que según el acta de matrimonio expedida por el Registro Civil de San Feliú de Guixols el matrimonio de sus padres se celebró ante el Juez Municipal de Guixols y aparece que el señor Rosendo tenía su domicilio en Gerona, al igual que su madre y el régimen económico matrimonial en Cataluña es en defecto de pacto, el de separación de bienes.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Palma de Mallorca se dictó Sentencia el 5 de octubre de 1995 estimando íntegramente la demanda.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Baleares dictó Sentencia el 20 de abril de 1998 estimando el recurso interpuesto por don Luis María y revocando la sentencia del juzgado en el extremo en el que se declara estar pendiente de liquidación la sociedad conyugal constituida por don Bartolomé y doña Raquel y en el extremo en el que se impone a don Luis María el abono de las costas procesales causadas; no haciéndose especial pronunciamiento en cuanto a las costas de primera instancia ni respecto a las causadas en esta alzada.
- ⊙ Doña Elisa interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo que confirmó la sentencia del Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

En el primer motivo se estiman como infringidos los artículos 1344 y 1404 del Código Civil. Parte el motivo de que el régimen económico matrimonial de los fallecidos cónyuges, doña Raquel y don Rosendo es el de gananciales y de tal matrimonio, nacieron y viven tres hijos, don Bartolomé, don Luis María y doña Elisa. Que asimismo al fallecimiento de su madre ninguno de los hijos recibió su legítima en metálico, ni bien alguno a la parte de los gananciales que correspondía a su madre. El fallecimiento del padre lo fue bajo un testamento en que dispuso de sus propios y los de la sociedad conyugal, sin haber mediado liquidación alguna de la propia sociedad de gananciales. Dispone como heredero de su esposa de todo el patrimonio ganancial sin haber precedido a la previa liquidación de tal sociedad conyugal y sus hijos legitimarios del padre y de la madre no se les hace entrega de tal concepto.

El motivo tiene que ser acogido. Como ha señalado la Sentencia de esta Sala de 12 de junio de 1990, con referencia a la sociedad de gananciales, mientras dicha sociedad, constituida por marido y mujer, subsista, se mantiene una comunidad que responde a aquella denominada de mano en común o manos reunidas, de la técnica germana, sin atribución de cuotas, muy distinta de la comunidad romana... no teniendo dichos componentes, en su individualidad, sino un derecho expectante, en la proporción que los mismos tienen en la sociedad, es decir, por mitad para el día que se disuelva dicha sociedad, en el que, en primer lugar se determinarán los bienes que sean gananciales, para después ser adjudicados en dicha proporción. Asimismo, las Sentencias de 17 de diciembre de 1984, 2 de octubre de 1985, 26 de septiembre de 1986, 29 de diciembre de 1987 y 4 de marzo de 1994, señalan que para saber si existen o no gananciales es preciso la previa liquidación, único medio de conocer el remanente y hacerse pago con él de la cuota correspondiente.

Asimismo, ha recogido la jurisprudencia de esta Sala que, extinguida la sociedad de gananciales por fallecimiento de uno de los cónyuges, los bienes patrimoniales que se integran pasan a constituir una masa inerte sin actividad alguna, en la que sólo tienen intervención y exclusivamente para su liquidación, los partícipes, el cónyuge supérstite y los herederos del fallecido, quedando esta comunidad patrimonial, aunque inmersa en la herencia, debidamente circunscrita, lo que comporta que aunque el cónyuge supérstite mantenga la comunidad parciaria que ostentaba en los bienes gananciales, ya

no puede ser el de la sociedad que quedó disuelta con la muerte, sino el de cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria y por ello le son aplicables los artículos 399 y 403 del Código Civil –sentencia de 21 de noviembre de 1987–.

El artículo 1396 del Código Civil recoge que «disuelta la sociedad se procederá a su liquidación, que comenzará por un inventario del activo y del pasivo de la sociedad» y aunque las operaciones divisorias gananciales no estén sometidas a reglas rígidas, impera amplia libertad cuando se actúa dentro de la legalidad –Sentencia de 23 de diciembre de 1999–. La añeja Sentencia de este Tribunal de 19 de enero de 1960 entiende que bajo el nombre de liquidación de la sociedad de gananciales se comprenden todas las operaciones necesarias para determinar si existen gananciales y su disolución por mitad, previas las deducciones de los bienes de pertenencia particular o subrogados, así como las responsabilidades que fueren imputables al acervo común, constituyendo el saldo resultante el activo verdadero que ha de dividirse por mitad entre ambos cónyuges o entre uno y los derechohabientes del otro. Cuando tiene lugar la disolución de la sociedad de gananciales, se procederá a su liquidación, que ha de iniciarse con un inventario del activo y del pasivo y operaciones sucesivas, como señaló la Sentencia de 25 de noviembre de 1996. Hechas tales operaciones, el remanente constituirá el haber de la sociedad de gananciales, que se dividirá por mitad entre marido y mujer o sus respectivos herederos, como reza en el artículo 1404 del citado Código Civil.

Constando en autos, como un hecho probado en la instancia, que al producirse la muerte de don Rosendo no se había efectuado la liquidación de la sociedad de gananciales disuelta por el fallecimiento de su esposa el 13 de enero de 1985 y tampoco se había aceptado la herencia de tal señora que sigue yacente, se proclama y patentiza que falta la liquidación de tal sociedad y el pago de legítimas a los hijos.

El acogimiento del motivo hace innecesario el examen de los otros tres y, por otra parte, significa la conformidad con la sentencia de primer grado, del Juzgado de Primera Instancia núm. 7 de Palma de Mallorca, de 5 de octubre de 1995, sin hacer declaración sobre las costas de apelación.

SUCESIONES

Declaración de la incapacidad al considerarse la demencia senil como una enfermedad persistente en el tiempo por su carácter permanente e irreversible.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 11 DE JUNIO DE 2004

Ponente. Excmo. Sr. don Xavier O'Callaghan Muñoz

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Benedicto interpuso demanda de juicio declarativo ordinario de menor cuantía solicitando declaración de incapacidad de doña Encarna, tanto para la guarda y gobierno de su persona, como para regir y administrar sus bienes y se disponga el sometimiento de la misma al régimen de tutela.
- ⊙ Doña Encarna contestó a la demanda y oponiendo los hechos y fundamentos de derecho que consideró de aplicación, terminó suplicando al Juzgado dictase en su día sentencia desestimatoria de la demanda condenando en costas al actor.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 10 de Granada dictó Sentencia el 21 de julio de 1997 estimando la demanda y declarando a todos los efectos procedentes en derecho, que doña Encarna es totalmente incapaz para gobernarse por sí misma y administrar sus bienes, constituyéndose en el estado civil de incapacitada en todos los órdenes, así como para el ejercicio del derecho de sufragio; todo ello sin declaración expresa en materia de costas procesales. La incapaz quedará sometida al régimen de tutela, cuya constitución deberá promoverse ante el Juzgado de Primera Instancia de esta ciudad al que por turno de reparto corresponda, quedando mientras tanto la incapacitada bajo la guarda y cuidado de su hija, doña María Antonieta, con la cual convivirá en su domicilio, sin que pueda impedir a los otros dos hijos de la incapacitada visitarla o tenerla en su compañía en los términos expresados en el fundamento jurídico tercero de esta resolución.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 4.ª de la AP de Granada dictó Sentencia el 18 de mayo de 1998 desestimando el recurso.
- ⊙ Doña Encarna interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Respecto al presente recurso de casación, formulado por doña Encarna, demandada en la instancia, contra la sentencia en la que la constituye en el estado civil de incapacitada, es preciso partir de dos conceptos, procesal y civil.

1. El aspecto procesal se refiere al recurso de casación que no es una tercera instancia, como dicen las Sentencias de 31 de mayo de 2000, 9 de febrero de 2001 y 10 de abril de 2003: esta última precisa: «la función de la casación consiste en verificar si la resolución recurrida ha efectuado una

correcta aplicación del ordenamiento jurídico a los hechos previamente fijados, y en ningún caso permite investigar si en las actuaciones hay soporte fáctico suficiente para fundamentar las alegaciones que se hacen en el recurso, porque no cabe convertir el recurso extraordinario en una tercera instancia».

2. El aspecto civil es atinente al concepto de la incapacitación, como privación de la capacidad de obrar de la persona física, estado civil que tan sólo se constituye por sentencia, como dice el artículo 199 del Código Civil y destacan las Sentencias de 31

de diciembre de 1991 y 31 de octubre de 1994 y por las causas establecidas por ley, que, como concreta el artículo 200, son las enfermedades o deficiencias persistentes de carácter físico o psíquico que impiden a la persona gobernarse por sí misma, enfermedad que ha de ser constante, entendida como permanencia hacia el futuro, como dice la Sentencia de 19 de febrero de 1996 y en el mismo sentido, matizando el concepto, la de 26 de julio de 1999; en todo caso, supone la carencia de aptitud para autogobernarse, como dice textualmente la sentencia citada de 31 de diciembre de 1991 y reitera la de 9 de mayo de 2002.

La Sentencia de la Audiencia Provincial, Sección 4.ª, de Granada, de 18 de mayo de 1998, confirmando la dictada por la Juez de Primera Instancia de la misma ciudad, de 21 de julio de 1997, constituyó en el estado civil de incapacitación a la demandada, recurrente en casación. El recurso, articulado en dos motivos al amparo del núm. 4.º del artículo 1692 de la Ley de Enjuiciamiento Civil por infracción, uno y otro, del artículo 200 del Código civil, reitera su oposición a la incapacitación. Respecto al mismo, el Ministerio Fiscal ha dictaminado que «dada la claridad de los fundamentos de la sentencia de instancia, y de la sentencia recurrida, al hacer propios los de la primera instancia, no cabe ninguna duda de que nos encontramos entre los supuestos del artículo 200 del Código Civil y el recurso debe ser desestimado».

El motivo primero del recurso destaca la necesidad de la persistencia de la enfermedad psíquica o física, se fija en la declaración judicial de la existencia de criterios e intereses contrapuestos de los hijos de la incapacitada, denuncia la inexistencia o falta de concurrencia del requisito de la persistencia y del carácter totalmente inhabilitador o incapacitante de la enfermedad y, por último, concluye con una valoración de la prueba practicada.

El presupuesto de la persistencia de la enfermedad o deficiencia del incapacitado está exigido por la ley, desarrollado por la jurisprudencia y evidenciado por el sentido jurídico. No es preciso resaltarlo en un recurso de casación, ya que las sentencias de instancia lo han declarado probado, tal como dice la Juez de Primera Instancia, ratificada por la Audiencia Provincial: «... la persistencia de ésta (la enfermedad o deficiencia) en el tiempo por su carácter permanente e irreversible». En tales sentencias se declara probada la «enorme limitación que los efectos de dicha enfermedad, demencia senil, produce en la capacidad...» de la que ha sido incapacitada; detalla con minuciosidad la prueba y hacen, ambas sentencias de instancia, una alusión a los enfrentamientos personales y económicos de los hijos de la incapacitada, lo que no se plantea como fundamento del fallo.

Por tanto, el motivo se desestima porque se ha cumplido con precisión el artículo 200 del Código Civil, se ha razonado la aplicación de la norma y se ha declarado probada la situación fáctica que es presupuesto de la misma. Se ha hecho alusión, no como decisivo, a un tema que subyace en la cuestión jurídica, pero que en nada afecta a ésta. Lo que no puede pretenderse en casación es la valoración de la prueba, en forma distinta a cómo lo han hecho las sentencias de instancia, pues ello iría contra la esencia y la función de este recurso, tal como se ha expuesto anteriormente.

El segundo de los motivos del recurso de casación se basa, como dice literalmente, «en entender que no ha sido acreditado en autos por la prueba practicada que la misma (la demandada, recurrente en casación) esté totalmente incapacitada para gobernarse por sí misma».

Este planteamiento produce directamente el rechazo del motivo, pues va contra la función de la casación, que no es una tercera instancia, como se ha dicho y repetido, ni puede revisar la situación fáctica declarada probada, ni puede valorar la prueba, a no ser que se haya dado y se haya expuesto como motivo de casación, la infracción de una norma sobre la valoración legal de la prueba, en los escasos supuestos en que puede producirse un error de derecho en la apreciación de la prueba.

No es éste el caso que aquí se plantea, sino que por el contrario, simplemente se pretende hacer supuesto de la cuestión, lo que está proscrito en casación. Así lo expresa la Sentencia de 17 de mayo de 2000, en unos términos reiterados por la de 15 de diciembre de 2000 y 31 de enero de 2001: «Esta es una alegación casacional absolutamente inadmisibles, puesto que incurre en el vicio procesal denominado, científica y jurisprudencialmente, como supuesto de la cuestión, o sea cuando en la fundamentación de un motivo se parte de datos fácticos diferentes de los fijados o tenidos en cuenta en la resolución objeto del recurso, sin obtener previamente su modificación o integración por parte del Tribunal de Casación (STS de 4 de febrero de 1993)». En parecidos términos, las Sentencias de 3 de mayo de 2001, 9 de mayo de 2002 y 13 de septiembre de 2002, dicen: «con ello la parte recurrente ha incurrido en el vicio procesal denominado judicialmente supuesto de la cuestión, ya que parte de la base en la fundamentación de su único motivo de datos fácticos diferentes de los fijados o tenidos en cuenta en la resolución objeto del recurso, sin obtener previamente su modificación o integración por parte de esta Sala; y esto último no ha ocurrido por estimarse que la acción hermenéutica efectuada en la sentencia recurrida es lógica y racional, no pecando de conclusiones absurdas que supongan un verdadero disparate».

OTRAS CUESTIONES

Falta de legitimidad de un hijo para pedir la nulidad del contrato de compraventa celebrado por la madre y otros hijos ya que para ostentar la condición de heredero es necesario que se produzca el fallecimiento de la causante, hecho que en el presente caso no ha ocurrido.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 28 DE FEBRERO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Don Luis Enrique interpuso demanda de menor cuantía contra doña María, don Ramón, doña Claudia y los Herederos de doña Almudena y don Rosendo, y previa la tramitación legalmente prevista para el Juicio declarativo de menor cuantía se dictó sentencia por la que: A) Se declare la nulidad, por falta de precio y simulación, del contrato de compraventa otorgado el 26 de agosto de 1992 ante el Ilustre Notario de San Sebastián, don Miguel Ángel Segura Zurbano, por el que doña María, vendría (*sic*) a don Ramón, doña Claudia, doña Almudena y don Rosendo, la nuda propiedad de toda la finca urbana, excepto el segundo piso. B) Como consecuencia de la nulidad se restablezca en la plaza propiedad de la finca enajenada a doña María, y se libre mandamiento al Registro de la Propiedad núm. 4 de San Sebastián, a fin de que, adecue la situación registral a la realidad, siendo restablecida la plena propiedad del inmueble descrito a favor de doña María, sobre el inmueble vendido.

⊙ Los demandados doña Claudia y don Ramón se personaron en el pleito y contestaron a la demanda para oponerse a la misma, por lo que terminaron suplicando: «Que habiendo por presentado este escrito, con sus copias, se sirva admitirlo y a mi por comparecido en nombre y representación de don Ramón y de doña Claudia, entendiéndose conmigo las sucesivas diligencias, dándose a las copias el curso legal; por opuesto y contestada la demanda y seguido el juicio por todos sus trámites, se dictó sentencia: A) Absolviendo a mis poderdantes de la estimación de la falta de legitimación activa y por litisconsorcio pasivo necesario. B) Para el supuesto de que no fueren acogidas las precedentes excepciones, se decrete su absolución por razón de las demás excepciones materiales aducidas y que se contiene en los hechos y fundamentos jurídicos o las que se desprenden de los autos. Y en cualquier caso, se impongan las costas a la parte actora». Por providencia de 24 de julio de 1996 fueron declarados rebeldes procesales doña María, don Rosendo y herederos de doña Almudena.

⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de San Sebastián dictó Sentencia el 1 de julio de 1997 estimando en parte la demanda y declarando la nulidad del contrato de compraventa otorgado el 26 de agosto de 1992 ante el Ilustre Notario de San Sebastián don Miguel Ángel Segura Zurbano, por el que doña María, vendió a don Sebastián, doña Claudia, doña Almudena y don Rosendo, la nuda propiedad de toda la finca urbana, excepto el segundo piso, debiéndose poner en conocimiento del Registro de la Propiedad núm. 4 de San Sebastián, mediante el oportuno mandamiento de cancelación de la inscripción si la hubiere, la declaración de nulidad, sin que procedan más pronunciamientos. Cada parte abonará las costas causadas a su instancia y las comunes por mitad.

⊙ En grado de apelación La Sec. 1.ª de la AP de Guipúzcoa dictó Sentencia el 2 de marzo de 1998 estimando el recurso de apelación y revocando la sentencia del juzgado al apreciar la excepción de falta de legitimación activa formulada por la representación de don Ramón y doña Claudia y en consecuencia desestimando la demanda.

⊙ Don Luis Enrique interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

No se apoya directamente el motivo del recurso en concreto precepto que se estime ha sido infringido, inadecuado o indebidamente aplicado y sólo se limita a citar los artículos 6.3 y 1276 del Código Civil, refiriendo la impugnación que aquí se trata a que se da situación de nulidad radical por falta de precio, de la venta que realizó doña María a sus hijos don Sebastián, doña Claudia, doña Almudena y don Rosendo –todos ellos demandados–, de la finca objeto del pleito, por escritura de 26 de agosto de 1992, lo que ocasiona que su nulidad pueda ser declarada de oficio, por lo que tiene poco sentido cuestionar o no la legitimación activa del recurrente, que la sentencia de apelación apreció.

Esta Sala efectivamente ha declarado que cabe decretar de oficio la nulidad de los contratos, pero no de modo totalmente automático y abierto, sino controlada a los supuestos que la doctrina jurisprudencial establece sobre tal cuestión y en esta directriz a los Tribunales les compete poder decidir la nulidad de oficio, cuando la sinalagmática contractual se refiera a pactos o cláusulas que manifiestamente sean ilegales, contrarias a la moral, al orden público o constitutivas de delito y hacen que los Tribunales constaten la ineficacia más radical de determinada relación obligatoria (Sentencias de 20 y 29 de octubre de 1949; 22 y 29 de marzo de 1963; 7 de julio de 1986; 15 de diciembre de 1993 y 20 de junio de 1996).

La declaración de nulidad de los contratos impone que quien la inste esté asistido del necesario interés jurídico en ello (Sentencias de 12 de diciembre de 1960; 8 de febrero de 1972 y 26 de mayo de 1997), o lo que es lo mismo se hace preciso que el demandante se vea perjudicado o afectado en alguna manera por el contrato y la falta de todo interés evidentemente priva al tercero para el ejercicio de la acción (Sentencias de 14 y 15 de diciembre de 1993 y 21 de noviembre de 1997).

En el caso presente el recurrente basa su legitimación en que la venta pública que impugna

perjudica sus derechos legitimarios expectantes a la herencia de su madre, olvidando que la condición de heredero exige para su consolidación que se produzca el fallecimiento del causante (artículos 657 y 661 del Código Civil), lo que da lugar a la apertura de la sucesión y ejercicio de los derechos sucesorios consecuentes a la vocación hereditaria (delación y adquisición), sin dejar de lado el derecho a desheredar del que puede hacer uso el testador en los supuestos previstos en los artículos 756, 852 y 853 del Código Civil.

Lo expuesto conduce a la conclusión decisoria casacional de que al recurrente no le asiste de momento interés alguno acreditado para instar la nulidad de la compraventa del pleito y no procede entrar a resolver tal cuestión y sí supone una donación encubierta, que no se planteó, ya que en todo caso se trata de actos jurídicos correspondientes a la libre disponibilidad de la madre, todavía viva, por lo que la excepción de falta de legitimación activa resulta correctamente apreciada por el Tribunal de Instancia y el motivo perece.

En este último motivo no se hace aportación de norma del Ordenamiento Jurídico que se considere infringida y propicie respuesta casacional acorde y así lo exige la reiterada doctrina jurisprudencial, pues ha de darse cumplimiento a los artículos 1707 y 1710 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, que imponen cita concreta del precepto que se considera infringido (Sentencia de 15 de febrero de 2001, que cita las de 28 de octubre de 1989; 5 de octubre de 1990; 15 de noviembre de 1991; 28 de abril de 1993; 15 de diciembre de 1999 y 18 de diciembre de 2000).

La jurisprudencia que aporta el motivo no apoya la tesis del recurrente para considerarlo asistido de la legitimación activa necesaria, ya que las sentencias se refieren a que dicha legitimación precisamente ha de apoyarse en intereses acreditados para solicitar la nulidad de la compraventa controvertida. El motivo decae.

OTRAS CUESTIONES

Estimación de la acción rescisoria por fraude de acreedores ejercitada por la entidad bancaria respecto a la donación de una vivienda efectuada por una hija a su madre después de haber suscrito aquélla una póliza de crédito de la que finalmente resultó un saldo deudor.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.^a, SENTENCIA DE 21 DE ABRIL DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Doña Olga suscribió con el Banco C. Póliza de Crédito el 25 de mayo de 1992, por importe de veinte millones de pesetas.
- ⊙ Por escritura pública de 21 de octubre de 1992 doña Olga donó a su madre doña Blanca la finca NÚM002 –libre de cargas–.
- ⊙ Al resultar impagado (vencimiento fijado para el 25 de mayo de 1993) se promovió juicio ejecutivo que terminó con sentencia de remate (firme) dictada el 5 de septiembre de 1994 que fijó el principal de la deuda en 22.044.838 pesetas. Se practicó diligencia de embargo de bienes de la referida deudora, habiéndose llevado a cabo directamente con la misma, el 24 de febrero de 1994, la que «se abstuvo de señalar bienes», trabándose las fincas registrales números NÚM000, NÚM001 y NÚM002. Respecto a las dos primeras la sentencia recurrida declara que la insuficiencia de dichos bienes, pues con toda probabilidad no bastan para cubrir una mínima parte del crédito, al hallarse gravadas con cargas hipotecarias y embargos preferentes.
- ⊙ El Banco C. interpuso demanda de menor cuantía contra doña Olga y doña Blanca solicitando que dicte sentencia por la que estimando en todas sus partes la presente demanda, se declare: «1. Que la demandada en virtud de la Sentencia dictada en el juicio ejecutivo antes citado debe satisfacer a mi principal la cantidad de 22.044.838 pesetas más los intereses pactados en la póliza y las costas del juicio. 2. Que procede declarar impugnada por fraudulenta la transmisión realizada por las demandadas doña Olga de la citada finca de su propiedad a doña Blanca, por haberse realizado con manifiesta voluntad de defraudar al Banco C., acreedor de las demandadas, puesto que con ello las demandas pretenden desligar de su patrimonio dicha propiedad a fin de que no pueda ser susceptible de ser perseguida por el acreedor. 3. Que procede cancelar el asiento registral correspondiente a la transmisión de la citada finca y ordenar al mismo Registro de la Propiedad de Santa Coloma de Farners, la inscripción del dominio a favor de la anterior propietaria de la finca, doña Olga. 4. Que se condene a estar y pasar a los demandados por las anteriores declaraciones, con expresa imposición de las costas que se causen en el presente procedimiento».
- ⊙ Las demandadas doña Olga y doña Blanca se personaron en el pleito y contestaron a la demanda para oponerse a la misma y suplicar: «Tenga por contestada en tiempo y forma la demanda interpuesta de adverso y, en su día y previos que sean los trámites de rigor, se dicte Sentencia desestimando íntegramente la demanda interpuesta de adverso, con expresa imposición de las costas causadas y que se causen a la parte actora».
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 2 de Santa Coloma de Farners dictó Sentencia el 17 de diciembre de 1996 desestimando la demanda.

- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.^a de la AP de Girona dictó Sentencia el 26 de marzo de 1998, desestimando el recurso interpuesto por el Banco C.
- ⊙ El Banco C. interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Denuncia la entidad bancaria recurrente la infracción de los artículos 1291.3.º y 1294 del Código Civil, así como la jurisprudencia que los interpreta.

La argumentación casacional parte de reconocer la subsidiariedad de la acción rescisoria (pauliana) ejercitada por el Banco recurrente (artículos 1111 y 1294 del Código Civil) y que el requisito de la subsidiariedad ha quedado suficientemente demostrado, en cuanto impone al acreedor un proceder y conducta diligente en la averiguación de bienes del deudor que puedan responder y cubrir la deuda reclamada, ya que la acción rescisoria no debe ejercitarse si hay otros medios para conseguir la reparación económica, sin que sea preciso acreditar la insolvencia y menos la total del ejecutado (Sentencias de 31 de octubre de 1994, 4 de septiembre de 1995, 24 de diciembre de 1996 y 15 de junio de 1998), bastando que los bienes no sean suficientes para satisfacer la deuda. Tampoco se hace preciso que se promueva pleito previo para acreditar la insolvencia del obligado, ya que lo que se precisa es que se dé ausencia de bienes que imposibilitan el derecho de quien ostenta condición de acreedor y éste no tenga otro remedio que acudir a la rescisión del acto jurídico de disposición llevado a cabo por el deudor, que perjudica sus intereses y se reputa realizado en fraude (Sentencias de 30 de enero de 1986, 16 de marzo de 1989, 13 de febrero y 6 de abril de 1992 y 7 de julio de 1998).

El Tribunal de Instancia desestimó la demanda en base a que el Banco no había sido lo suficientemente diligente en la búsqueda y localización de bienes de la demandada toda vez que tenía conocimiento de «otros bienes», que no fueron trabados en el juicio ejecutivo, y no se especifica ni se determina dichos bienes, decisión que correspondía a la demandada, sino que sólo se dice que se trataba de «construcciones pendientes de vender» y «vehículos», referencia que se presenta indudablemente sin la precisa concreción para poder llevar a cabo embargo efectivo.

El conocimiento que la sentencia atribuye a la entidad bancaria lo basa en que en la documentación interna de la recurrente, consta la existencia de estos «otros bienes», y, examinada la misma, las garantías que el Banco pudo considerar en orden al riesgo de la operación no están debidamente

descritos ni constan suficientemente expresados los bienes y propiedades de la deudora, sin dejar de lado que en la solicitud que la demandada donante presentó al Banco a fin de figurar en la lista de acreditados y poder así obtener el crédito, se aportó una serie de bienes como de su propiedad, estableciendo por su cuenta un líquido por 95.229.000 pesetas.

Estando así las cosas y si conforme lo argumentado por el Tribunal de Instancia había realmente otros bienes suficientes para atender la deuda pendiente, se imponía a la deudora y era lo más fácil acreditar en el pleito la existencia real de los mismos y su disponibilidad a efectos de satisfacción a la acreedora, lo que para nada llevó a cabo en este proceso ni en el juicio ejecutivo precedente y no basta con declarar que hay otros bienes conocidos e imponer a la demandante, con la simple pista de la posibilidad de existir «otros bienes» una labor investigadora exhaustiva sobre la existencia real de los mismos, cuando dichos bienes no resultan debidamente acreditados.

La jurisprudencia de esta Sala (Sentencias de 2 de julio de 1992, 28 de noviembre de 1994 y 31 de octubre de 2002) resulta reiterada al exigir que en estos supuestos –lo que lleva a resolver conjuntamente el motivo segundo por infracción del artículo 1214 del Código Civil y jurisprudencia– que no se pueda cargar al acreedor con la prueba de que el deudor carece de bienes, y le basta con acreditar haber llevado a cabo la persecución de los que le eran debidamente conocidos según las circunstancias del caso, lo que supone que ha de contarse con conocimiento preciso y suficiente y no abstracto ni genérico y como precisa la Sentencia de 28 de abril de 2001, la conducta del deudor puede ser pasiva, es decir cabe se abstenga de llevar a cabo la alegación fácil y asequible para él de hechos positivos que deslegitimen al acreedor accionante, es decir que cuenta con bienes realizables que no se han embargado y el momento adecuado para su manifestación era el de la traba llevada a cabo en el juicio ejecutivo, sin dejar de lado que también lo pudo acreditar en este pleito y esta conducta de actuar de mala fe no es acreedora de premio alguno.

Los motivos proceden ser acogidos, ya que claramente resulta que, si bien en un principio la

donación cuya transmisión se solicita sea declarada fraudulenta resulta acto jurídico válido, queda despojada de toda licitud y procede su rescisión (artículo 1291.3.º del Código Civil) cuando se lleva a cabo con el propósito de perjudicar los intereses económicos de la parte acreedora (Sentencia de 13 de diciembre de 2000), pues el fraude puede existir, tanto cuando se da intención decidida de causar perjuicios, como por la simple conciencia de ocasionarlos (Sentencias de 12 de julio de 1990, 27 de noviembre de 1991 y 11 de octubre de 2001).

Al proceder el recurso y de conformidad con el artículo 1715.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil,

corresponde al Tribunal Supremo resolver lo que proceda asumiendo funciones de instancia, y dentro de los términos en los que aparece planteado el debate procesal que lleva a que se estime la demanda y resulte procedente acoger la petición de rescisión de la donación llevada a cabo por escritura de 21 de octubre de 1991, respecto a la finca registral número NÚM002 y demás peticiones suplicadas.

La acogida del recurso ocasiona la no imposición de sus costas, así como de las del recurso de apelación (artículo 1715 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), procediendo la imposición a la demandada de las causadas en la Primera Instancia.

OTRAS CUESTIONES

Nulidad de la escritura de compraventa otorgada por la madre a favor de sus tres hijos sobre la vivienda que constituía el domicilio familiar al haberse otorgado en fraude de acreedores toda vez que aquélla, antes de la compraventa suscribió en condición de avalista un préstamo.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 13 DE MAYO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Clemente Auger Liñán

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ La Caja de Ahorros de la I. concedió un préstamo de 5.000.000 de pesetas a Talleres Espi e hijos, el 24 de marzo de 1995 avalado por la demandada doña Ana.
- ⊙ La avalista vendió el piso a sus tres hijos el día 6 de septiembre de 1995; y el matrimonio permaneció en el mismo como domicilio. El precio de la venta fue de 6.037.088 pesetas, de las que 4.500.000 debían ser satisfechas en metálico y el resto mediante subrogación en un préstamo hipotecario anterior.
- ⊙ La Caja de Ahorros de la I. obtuvo información registral sobre el piso el 22 de febrero de 1996 e interpuso demanda de juicio ejecutivo contra los avalistas el 22 de marzo de 1996 no logrando cobrar las cantidades adeudadas.
- ⊙ La Caja de Ahorros de la I., interpuso demanda de menor cuantía contra don Benito y doña Ana, don Pedro, doña M.ª Juana y doña Olga solicitando que se dictase sentencia por la que declare que la transmisión de la finca contenida en la escritura de compraventa de 6 de septiembre de 1995, otorgada ante el Notario don Javier Dean Rubio es nula por haber sido otorgada en fraude de acreedores y, en su consecuencia, declare la rescisión de dicho contrato, ordenando la cancelación de la inscripción de dominio causada como consecuencia de la transmisión referida debiendo reintegrarse el inmueble a su antiguo titular registral, condenando a los demandados a estar y pasar por estas declaraciones e imponiéndoles expresamente las costas del juicio.
- ⊙ Admitida a trámite la demanda, el demandado don Pedro, contestó alegando como hechos y fundamentos de derecho los que estimó oportunos y terminó suplicando al Juzgado: «... dictar sen-

tencia por la que se desestime dicha demanda y se condene a la demandante al pago de las costas del juicio». Los demás codemandados fueron declarados en rebeldía durante toda la tramitación de la causa

- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 9 de Zaragoza dictó Sentencia el 30 de octubre de 1997 estimó parcialmente la demanda y declaró que la transmisión de la finca contenida en la escritura de compraventa de 6 de septiembre de 1995 otorgada ante el Notario don Javier Dean Rubio es nula por haber sido otorgada en fraude de acreedores y, en su consecuencia, declaró la rescisión de dicho contrato, ordenando la cancelación de la inscripción de dominio causada como consecuencia de la transmisión referida debiendo reintegrarse el inmueble a su antiguo titular registral, condenando a los demandados a estar y pasar por las referidas declaraciones y al pago de las costas causadas por las acciones ejercitadas en su contra. La sentencia desestimó la demanda interpuesta contra don Benito.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 2.ª de la AP de Zaragoza dictó Sentencia el 1 de abril de 1998 confirmando la sentencia del juzgado.
- ⊙ Don Pedro interpuso recurso de casación que fue desestimado por el Tribunal Supremo.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Denuncia el recurrente la infracción por interpretación errónea de los artículos 1111 del Código Civil, cuando dice: «Los acreedores, después de haber perseguido los bienes de que esté en posesión el deudor para realizar cuanto se le debe», y el 1291.3 del mismo Código al señalar que son rescindibles los contratos «celebrados en fraude de acreedores, cuando éstos no puedan cobrar de otro modo lo que se les deba», así como la doctrina jurisprudencial contenida en las Sentencias del Tribunal Supremo de 27 de mayo de 1992 y 19 de septiembre de 1997, entre otras.

En el segundo motivo denuncia la infracción por inaplicación del artículo 1294 del Código Civil que dispone: «la acción de rescisión es subsidiaria; no podrá ejercitarse sino cuando el perjudicado carezca de todo otro recurso legal para obtener la reparación del perjuicio».

La entidad bancaria ejercita acción revocatoria por fraude de acreedores contra los demandados, cónyuges y sus hijos, en solicitud de que se declare que la transmisión de la vivienda situada en la localidad de Utebo, domicilio conyugal del matrimonio, es nula por haber sido otorgada en fraude de acreedores.

Como hechos probados han quedado acreditados los siguientes:

La situación económica de los demandados no les permitía afrontar con su propio patrimonio ni siquiera el pago de una mínima parte de sus deudas.

El único bien de cierto valor de que disponían era la vivienda enajenada que servía de domicilio conyugal.

La transmisión se efectúa a los tres hijos del matrimonio.

El único demandado que ha comparecido argumenta que el dinero se empleó en el pago del finiquito de dos trabajadores de la prestataria; y la información que proporciona el Banco sobre pago supuestamente efectuado por doña Olga acredita que el dinero procedía de una cuenta de la que eran cotitulares ella y su esposo don Mauricio, trabajador de la entidad y éste solicitó del Banco el cheque nominativo a favor de doña Ana; y lo único que también consta es que el certificado de Ibercaja referente a la parte que debía satisfacer doña M.ª Juana fue cargado en una cuenta de la que eran cotitulares ella misma y su madre doña Ana.

Don Mauricio y Don Cristóbal, empleados de la prestataria, abandonaron la empresa en quiebra y volvieron a trabajar en otra constituida por dos de los hijos de la Sra. Ana en noviembre de 1996, cobrando mientras tanto la prestación de desempleo, y con el mismo domicilio la segunda sociedad que la que tenía la declarada en quiebra.

De todo lo expuesto resulta razonable la conclusión de las sentencias de instancia sobre la existencia de un crédito, la celebración por la deudora de un contrato posterior en beneficio de tercero, el perjuicio para el acreedor y la falta de otro medio legal para el cobro; el acto es fraudulento y los

adquirentes, hijos de la deudora, han colaborado en el fraude; al margen de la absolución de don Benito, al no haber intervenido en el contrato cuya revocación se solicita.

La acción rescisoria viene a consistir en un remedio de carácter subsidiario, conforme al artículo 1294 del Código Civil, habiendo declarado reiteradamente la doctrina de esta Sala (Sentencias de 12 de marzo de 1984, 24 de noviembre de 1988 y 27 de mayo de 1992), que dicho cuerpo legal queda a favor de los acreedores para proteger y lograr la efectividad de sus créditos en bienes del deudor demandado. Exige, a modo de precedente fáctico-legal necesario, que se cumplan las previsiones del artículo IIII del Código Civil, es decir, que a los acreedores no les resulte por otro medio posible el reintegro de la deuda, lo que supone la realidad de la existencia del crédito y la celebración por el deudor con posterioridad de actos de disposición patrimonial que atenten directa y frontalmente a dicho crédito, al que de este modo se le vacía de todo contenido en cuanto a su real percepción, en una actuar defraudatorio concebido y ejecutado con el indudable propósito de causar perjuicios y daños constatados al acreedor, debiendo darse también la concurrencia de que los bienes perseguidos no hayan pasado a tercero de buena fe (Sentencias de 17 de noviembre de 1987, 25 de enero de 1989, 27 de febrero de 1992 y 27 de mayo y 26 de noviembre de 1992). (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de noviembre de 1994). En igual sentido la Sentencia de 26 de noviembre de 1996.

Según ya ha tenido ocasión de declarar esta Sala (así, Sentencias de 28 de octubre y 14 de diciembre de 1993, como más recientes), tanto la determinación de la insolvencia como la presencia o ausencia de fraude son cuestiones de hecho y como tales apreciables por el Tribunal de instancia de cuyo criterio no se puede desviar el Tribunal de casación, a menos que se impugnen aquellos hechos con éxito a través del artículo 1692.4.º (Sentencia del Tribunal Supremo de 28 de junio de 1994). En igual sentido las Sentencias de 27 de abril

de 2000, 16 de julio de 1999, 14 de abril de 1998, 1 de diciembre de 1997, 24 de diciembre de 1996, 26 de noviembre de 1992 y 7 de febrero de 1991.

A los efectos de la cuestión litigiosa concretamente sometida a este recurso, parece oportuno subrayar las declaraciones contenidas en la Sentencia de 17 de julio de 1990: «los participantes en la compraventa, por las circunstancias fácticas que rodeaban a ese contrato (grave situación económica del vendedor, parentesco próximo entre los contratantes, bajo precio del contrato según la situación y extensión del inmueble de la venta, falta de motivación subjetiva de los compradores), tenían conciencia del perjuicio que se causaba al acreedor del vendedor, sin necesidad de que al mismo tiempo concurra malicia en la actuación del vendedor; y los terceros que cooperaron con él tenían asimismo aquella conciencia, sin requerirse en ellos “intención” de causar el perjuicio, criterio adoptado por esta Sala como se deduce, entre otras, de las Sentencias de 12 de julio de 1940, 14 de enero de 1935 y 7 de enero de 1958; lo que no obsta que en otras ocasiones haya existido intención dañosa, que en este supuesto no se ha comprobado, pero sí la participación consciente de todos los demandados ... y la acción reivindicatoria según doctrina de esta Sala, no exige para ser estimada que se pruebe “ánimo de perjudicar”, bastando la conciencia del perjuicio, sin que ello sea obstáculo para que hayan existido casos en que se acreditó aquella intención».

Las directrices jurisprudenciales, al analizar el carácter perjudicial y fraudulento del acto, no impone una previa persecución del deudor para acreditar su insolvencia, sino que prácticamente bastará con hacer hincapié en la falta de bienes razonablemente basada, siempre que en el litigio no se demuestre la inexactitud de tal elemento negativo por conocida existencia de otros distintos a los fraudulentamente enajenados (Sentencia del Tribunal Supremo de 12 de junio de 1985). Los motivos deben decaer con desestimación definitiva y total del recurso.

OTRAS CUESTIONES

Fallecida la hija y habiéndola sucedido como única y universal heredera la madre, los herederos de esta última carecen de legitimación para impugnar la donación que, sobre la nuda propiedad de una vivienda, hizo en su día la hija fallecida a una hermana. En cambio procede incluir en la masa hereditaria la cantidad que una hermana de la hija fallecida extrajo de una cuenta bancaria abierta a nombre de aquélla y en la que ésta figura como autorizada.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 28 DE MAYO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil

ANÁLISIS DEL CASO

⊙ Doña Raquel falleció el 19 de noviembre de 1993, en estado de soltera y sin descendencia, habiendo sido declarada su única y universal heredera la madre doña Milagros por acta de notoriedad sobre declaración de herederos abintestato de 20 de septiembre de 1994, protocolizada el 21 de octubre de 1994.

⊙ Doña Milagros falleció en estado de viuda el 30 de junio de 1994 y le sucedieron por partes iguales los cinco hijos sobrevivientes: don Daniel, doña Antonia, doña Francisca, don Juan Alberto y doña María.

⊙ Don Daniel, doña Antonia y doña Francisca presentaron demanda de menor cuantía contra doña María y don Juan Alberto solicitando que se dictase sentencia por la que: 1.º Se condene a doña María a rendir cuentas de los movimientos, disposiciones y destinos realizados en la cuenta que doña Raquel tiene abierta en Banesto, cuenta núm. NÚMooo y en la cual tiene firma autorizada desde el 1 de octubre de 1993, y abonar el resultado dispuesto a su favor a la comunidad hereditaria junto con sus intereses desde la fecha de disposición. 2.º Se condena a doña María a rendir cuentas de los movimientos, disposiciones y destinos realizados en la cuenta que doña Milagros tenía abierta en la Caja Castilla-La Mancha, cuenta núm. NÚMoor, así como de la cuenta en la misma entidad núm. NÚMoo2 de la que la demandada resulta titular y abonar el resultado dispuesto a su favor a la comunidad hereditaria junto con sus intereses desde la fecha de disposición. 3.º Se declare expresamente como bienes del caudal relicto habido al fallecimiento de las causantes, los siguientes: Bienes hereditarios de doña Raquel. a) Los designados con las letras A)1, A) 2 A) 3, A) 4, A) 5, A) 6, A) 7, A) 8, A) 9, B) 1 y B) 2, relacionados en el hecho segundo de la demanda. b) Un tercio de 1.000.000 de pesetas del depósito a plazo fijo núm. NÚMoo3 referenciado en el hecho séptimo de la demanda. c) La vivienda referenciada en el apartado A.10 del hecho segundo de la demanda a los solos efectos de su posible reducción por donación inoficiosa. d) El depósito valor señalado en el apartado B.4 del hecho segundo de la demanda. e) Resultado de liquidar la cuenta bancaria como consecuencia del pronunciamiento primero del suplico, a determinar en ejecución de sentencia si no se hiciere durante el presente procedimiento. Bienes hereditarios de doña Milagros: a') Los designados con las letras C) 1 y D) 1, relacionados en el hecho segundo de la demanda. b') Resultado de liquidar las cuentas bancarias como consecuencia del pronunciamiento segundo del presente suplico, a determinar en ejecución de sentencia si no se hiciera durante el presente procedimiento. 4.º Se consideren

ingresos procedentes de los bienes hereditarios las rentas o alquileres por 34.000 pesetas y sus gastos por 15.105 pesetas 5.º Se condene en costas expresamente a los demandados. Debiendo pasar los demandados por los anteriores pronunciamientos».

- ⊙ Los demandados se personaron en autos y se opusieron a las pretensiones de la actora.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 41 de Madrid dictó Sentencia el 23 de septiembre de 1996 estimando parcialmente la demanda declarando como bienes hereditarios los reseñados con las letras a1, a2, a3, a4, a5, a6, a7, a8, a9 bº, b2, b4 y el b3 indicados en esta resolución, e igualmente que ha de formar parte del caudal hereditario de uno y otro causante, los reseñados en esta resolución con las letras E y F. Las cantidades a tener en cuenta son las indicadas en esta resolución como integrantes del haber hereditario de cada causante. Asimismo se condenaba a los herederos que tengan a su nombre, libretas, cuentas o depósitos, con dinero de la respectiva herencia, según lo indicado en esta resolución a que rindan cuentas en fase de ejecución de sentencia de acuerdo con las bases señaladas en el apartado once de los fundamentos de derecho. Sin expresa imposición de costas.
- ⊙ Por auto de 19 de noviembre de 1996 fue aclarada la anterior sentencia en el sentido de añadir a la misma como bienes hereditarios de doña Milagros los reseñados con las letras C1, D1 y D2 de esta resolución y de entre los bienes habidos al fallecimiento de la causante doña Raquel el b3, cuantificado en el fundamento de derecho cuarto en 5.436.449 pesetas se ha producido error aritmético de suma pues la suma de las disposiciones practicadas más el saldo existente en la cuenta a la fecha de fallecimiento, asciende a 5.511.449 pesetas.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 19 de la AP de Madrid dictó Sentencia el 20 de marzo de 1998 estimando parcialmente los recursos de apelación interpuestos por don Daniel, doña Antonia y doña Francisca, y de doña María y don Juan Alberto revocando la sentencia de instancia y el auto aclaratorio en cuanto al bien que se referencia bajo la letra B3 –cuenta abierta en Banesto a nombre de doña Raquel–, que se saca de la herencia de doña Milagros al igual que la cantidad que le asignó el *iudex a quo* por importe de 5.511.449 pesetas sin perjuicio de la obligación de doña María de rendir cuentas del estado de la repetida cuenta corriente a partir del momento del fallecimiento de doña Raquel, manteniéndose el resto de los pronunciamientos de la sentencia de instancia y de su auto aclaratorio y sin que se impongan las costas causadas en los recursos a ninguna de las partes, que asumirán las producidas a su instancia y las comunes por mitad.
- ⊙ Don Daniel, doña Antonia y doña Francisca interpusieron recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo acordando incorporar la cantidad de 3.801.640 pesetas en la herencia de doña Milagros y condenando a doña María a proceder a su reintegro.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

Se alegan por los recurrentes como infringidos los artículos 818 y 661 en relación al 809, 636 y 651 del Código Civil, para justificar la petición casacional de que debía ser incluido como bien colacionable en el inventario de los bienes existentes al fallecimiento de doña Raquel el piso de Madrid (Inventariado con A-10), el que había sido donado en la nuda propiedad según escritura pública de 27 de octubre de 1993 por doña Raquel a su hermana

la demandada doña María, reservándose la donante el usufructo vitalicio y la facultad de disponer de la finca, haciéndose constar que la donación no era inoficiosa.

La acción de petición de herencia si bien tiene como contenido primordial el reconocimiento de la cualidad de heredero, también sirve para que las personas legitimadas puedan pretender en beneficio de la masa hereditaria común la restitución e

incorporación de bienes que deben formar parte de la misma, como caudal relicto perteneciente al causante (Sentencia de 21 de junio de 1993).

En el caso que nos ocupa la cuestión que se presenta es el efecto colacionable de la donación referida en proyección a la herencia de la madre de los litigantes, lo que impone partir necesariamente de que era a ésta, como heredera única y universal de su hija doña Raquel, con la condición de heredera forzosa (artículo 807.2 en relación al 935 y 937 del Código Civil), a la que correspondía la legitimidad para instar la ineficacia o nulidad, más bien que la inoficiosidad de la donación discutida, y reintegrar el objeto de la misma al haber hereditario de su hija, la causante, lo que no llevó a cabo y consintió que el bien donado permaneciera fuera del caudal, por lo que no procede, como parece que pretenden los recurrentes, que se produzca a su favor transmisión de la posibilidad de colacionar que sólo opera con respecto a la herencia del causante inmediato, es decir la madre, conforme a los artículos 636 y 654 y la regla para que tenga lugar la colación hereditaria establece el artículo 1035 (colación en sentido estricto), según sentencia de 21 de abril de 1997.

No se trata aquí precisamente de donación de la progenitora doña Milagros a alguno de sus hijos herederos forzosos de la misma, sino de donación precedente de la hija fallecida a favor de una hermana, lo que determina que resulte inaplicable el artículo 818 del Código Civil, pues dicho precepto establece reglas para calcular la legítima atendiendo al valor de los bienes que quedasen a la muerte del testador y autoriza a agregar el valor líquido de las donaciones colacionables *donatum* que hubiera efectuado el propio causante.

Los descendientes que resultan efectivamente legitimarios (lo que supone la muerte en este caso de la madre y su capacidad para sucederla) pueden ejercitar la acción de la reducción de las donaciones (Sentencia de 30 de marzo de 1993) pero con referencia necesaria a las que en vida hubiera hecho su progenitora y en cuenta mermen sus derechos legitimarios y no respecto a la realizada por la hermana doña Raquel y que consintió doña Milagros.

El motivo se rechaza. Ha quedado suficientemente claro que la demandada doña María ninguna donación recibió de su madre, sino que la discutida provenía de su hermana doña Raquel, por lo que la referida doña María en la herencia de su progenitora sólo tiene condición de heredera, pero no de heredera y al tiempo donataria.

Con apoyo en haberse infringido el artículo 1720, en relación a los 1709, 1710, 1713 y 661 todos del Código Civil, el segundo motivo está dedicado a

mantener en casación a que debía formar parte del inventario de la herencia de doña Raquel que pasó a su madre y se integró en su caudal la cantidad de 5.551.449 pesetas (que figura en el apartado B-3 del inventario) y que el Tribunal de Instancia concretó en 5.511.449 pesetas, decretando su exclusión de la herencia, sin perjuicio de la obligación que se impuso a doña María de rendir cuentas, en trámite de ejecución de sentencia, del estado de la cuenta abierta en Banesto por su hermana doña Raquel a partir de su fallecimiento y a la que pertenece la propiedad de la referida suma dineraria discutida. En la cuenta figuran como autorizados doña María y su hijo don Juan Alberto (no traído al pleito).

La sentencia recurrida basa la exclusión que decreta en que los demandantes no estaban legitimados para pedir la colación de las disposiciones que tuvieron lugar y que arrojan el total dicho de 5.511.449 pesetas. Sucede que aquí no se planteó se tratase de efectivo acto de donación de doña Raquel a favor de doña María y la declaración del Tribunal de Instancia por tal razón no cabe ser aceptada, ya que estamos ante un acto de disposición no en beneficio de la titular de la cuenta y propietaria del dinero y tal acto de disposición, al menos quedó acreditado según justificante remitido por el Banco, fue llevado a cabo por la demandada doña María en fecha 2 de noviembre de 1993 respecto a la cantidad de 3.801.640 pesetas, pues aparece su firma en el recibo bancario del reintegro, sin oposición acreditada por su parte ni haber justificado el destino de dicha suma retirada, a cuyo respecto la doctrina jurisprudencial tiene declarado que el hecho de autorizar a disponer de una cuenta bancaria no significa por sí, salvo prueba suficiente, que se ostente condominio sobre el saldo que la integra, pues la cotitularidad bancaria es más bien meramente operativa y el hecho de la misma no autoriza a la atribución de la propiedad de las cantidades que obren en la cuenta y de las que se dispone en provecho propio, por lo que deben integrarse en el caudal relicto del titular dueño de la cuenta (Sentencias de 8 de febrero de 1991, 15 de diciembre de 1993, 19 de diciembre de 1995 y 7 de junio de 1996). A lo que se dejó dicho ha de añadirse el hecho probado que establece la sentencia de primera instancia en cuanto a que doña Raquel ingresó en el Hospital Gregorio Marañón de Madrid el 8 de octubre de 1993 donde permaneció hasta que falleció el 19 de noviembre de dicho año.

La sentencia recurrida no sienta como hecho demostrado que no hubieran tenido lugar la disposición que queda referida, pero omite quien la realizó, lo que queda suficientemente probado y al tratarse de un hecho de indudable influencia en el fallo, se justifica la integración del *factum* que queda establecido, lo que autoriza la reiterada doctrina

de esta Sala de Casación Civil, que tiene declarado su procedencia en los precisos supuestos en los que con evidente y acreditada conexión con la *causa petendi* se ha producido omisión injustificada en la sentencia de apelación de extremos acreditados en las actuaciones procesales y de notoria influencia en el fallo (Sentencias de 28 de diciembre de 1993, 19 de abril de 1995, 25 de marzo de 1996, 12 de marzo de 1998, 5 de julio de 1999, 28 de marzo de

2001, 29 de mayo de 2002 y 17 de abril de 2002). Esto es lo que aquí ocurre, conforme a lo que se deja expuesto, procediendo la estimación parcial del recurso, lo que lleva a decidir en funciones de instancia la cuestión debatida (artículo 1715.1.3 de la Ley de Enjuiciamiento Civil), en el sentido de que procedía integrar en el haber hereditario de doña Raquel, que transmitió a su madre doña Milagros, la cantidad de 3.801.640 pesetas.

OTRAS CUESTIONES

Preferencia de cobro de la deuda por impago de pensiones alimenticias y compensatorias respecto al crédito que ostenta frente al deudor un abogado por la cuantía de sus honorarios por la intervención en un procedimiento de suspensión de pagos de dicho deudor.

TRIBUNAL SUPREMO, SALA 1.ª, SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Excmo. Sr. don Alfonso Villagómez Rodil

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ Don Pedro Jesús interpuso demanda de menor cuantía solicitando que, previos los trámites oportunos, se dictase sentencia declarando su mejor derecho a ser reintegrado de su crédito de 11.828.861 pesetas en concepto de honorarios con preferencia al crédito de 75.000 pesetas mensuales de la acreedora ejecutante doña Luisa por pensión compensatoria, con expresa imposición de costas a los demandados.
- ⊙ La demandada, doña Luisa se personó en el pleito y contestó a la demanda, a la que se opuso por medio de las alegaciones fácticas y jurídicas que aportó, para terminar suplicando: «Que por contestada, en tiempo y forma, la demanda deducida y previos los trámites del Juicio Declarativo de Menor Cuantía, dicte en su día Sentencia por la que se desestime la demanda origen de las presentes actuaciones, declarándose el mejor derecho de mi representada, doña Luisa, a ser reintegrada de su crédito con preferencia al del actor tercerista don Pedro Jesús por importe de 11.828.861 pesetas en razón a los motivos aducidos en esta contestación, con respecto a las rentas debidas a don Aurelio por el arrendamiento del restaurante don y con expresa imposición de costas al demandante».
- ⊙ Por providencia de 23 de octubre de 1997 fue declarado rebelde procesal al codemandado don Pedro Jesús.
- ⊙ El Juzgado de Primera Instancia núm. 3 de Córdoba dictó Sentencia el 24 de enero de 1998 desestimando la demanda y declarando que el tercerista-actor no tiene mejor derecho que la ejecutante, doña Luisa, debiendo seguir adelante en lo que corresponda la ejecución instada por ésta.
- ⊙ En grado de apelación, la Sec. 3.ª de la AP de Córdoba dictó Sentencia el 11 de mayo de 1998 estimando el recurso interpuesto por don Pedro Jesús y declarando el mejor derecho de éste sobre el crédito de la ejecutante doña Luisa, todo ello sin hacer expreso pronunciamiento en costas.
- ⊙ Doña Luisa interpuso recurso de casación que fue estimado por el Tribunal Supremo, quien confirmó la sentencia del Juzgado.

COMENTARIO DE LA SENTENCIA

La cuestión que se discute en el pleito, atendiendo a los hechos declarados probados y admitidos, queda centrada a decidir cuál de los créditos enfrentados resulta preferente. El demandante, don Pedro Jesús, aportó como título de la condición que alega de tercerista de mejor derecho la minuta de honorarios por importe total de 11.828.861 pesetas correspondiente a su intervención como Letrado en el expediente de suspensión seguida contra don Aurelio –esposo de la recurrente– y que terminó por convenio con la unanimidad de los acreedores, aprobado por Auto judicial de 8 de febrero de 1996.

El referido Letrado promovió jura de cuentas en la que, entre otros bienes, embargó en fecha 19 de noviembre de 1996 las rentas a percibir por el referido suspenso procedentes del arrendamiento del negocio de hostelería D.

Por Sentencia firme de 12 de enero de 1996, ratificado por la de 31 de enero de 1997, se decretó la separación causal del matrimonio constituido por la recurrente y el referido don Aurelio, imponiendo a éste el pago por alimentos para los dos hijos del matrimonio, de la cantidad mensual de 150.000 pesetas y a favor de la esposa, por desequilibrio (pensión compensatoria) y durante tres años 75.000 pesetas al mes. La que recurre instó la ejecución de la referida sentencia y el Juzgado la acordó por resolución de 12 de junio de 1996, expidiendo oficio-mandamiento el 25 de junio de 1996 para que los arrendatarios del local procedieran a la retención mensual de 225.000 pesetas, a fin de garantizar el pago de las pensiones otorgadas, lo que fue reiterado el 10 de septiembre de 1996.

La sentencia recurrida decretó la preferencia del crédito inserto en la minuta del actor y con ello su mejor derecho al cobro frente al de la titular de las pensiones de alimentos y desequilibrio, con relación a los mismos bienes embargados, y no obstante, sentar de principio que la minuta de honorarios no conforma crédito singularmente privilegiado, lo que es acertado, conforme a los artículos 1922 y 1923 del Código Civil, le vino a conceder condición de preferencial, por reputarla gastos de justicia que contempla el artículo 1924.2.A) del Código Civil como créditos simplemente privilegiados, lo que impone que NOS en casación llevemos a cabo la interpretación adecuada del precepto a efectos de si es correcta la anteposición que se efectúa frente a las pensiones por alimentos y pensión compensatoria.

Conforme referido artículo 1924.2.A) para ser reputados los honorarios profesionales reclamados como gastos de justicia ha de tratarse de devengos en interés común de los acreedores, y además la norma exige que hayan sido hechos con la debida autorización o aprobación, es decir, se precisa la intervención en este sentido del órgano judicial correspondiente o, en su caso de los órganos del concurso cuando se trata de este procedimiento.

En el caso presente la sentencia no parte del hecho probado de que los honorarios reclamados como efectivos gastos de justicia se hubieran hecho en interés común de los acreedores, como tampoco hubiera mediado la preceptiva autorización, y resulta importante resaltar que los honorarios de Abogado se referían a procedimiento de suspensión de pagos y no concursal como señala el artículo 1924.2.A).

Como dice la Sentencia de 31 de mayo de 1991, en un caso similar al que nos ocupa, partiendo de que ninguno de los referidos requisitos ha sido acreditado por el demandante, como era carga probatoria que le incumbía y los honorarios que reclama, consecuentemente, no gozan de ninguna preferencia por razón de trabajo personal, al tratarse de servicios que no derivan de una relación laboral de dependencia, sino de servicios propiamente liberales.

Lo expuesto determina la decisión de que el crédito del demandante no goza de preferencia respecto al de la recurrente y los motivos han de ser acogidos, pues los derechos de la recurrente devienen de una sentencia judicial firme [artículo 1924.3.B), en relación al 1929], tanto los que se refieren a la pensión por desequilibrio como por alimentos de los hijos, estableciendo el artículo 144 el orden de prelación sobre quien debe prestarlos.

Al proceder el recurso corresponde a esta Sala, conforme al artículo 1715.1.3, resolver lo que corresponda, dentro de los términos en los que aparece planteado el debate y conduce a la decisión de que procede anular la sentencia recurrida y confirmar la del Juzgado, con imposición al demandante de las costas de primera instancia y sin declaración expresa respecto a las de los recursos de casación y apelación.

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

Siendo ambos cónyuges de nacionalidad marroquí a la petición de divorcio se aplicará el derecho español cuando no quede acreditado el derecho extranjero.

AP ALMERÍA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 28 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Jesús Martínez Abad

Frente a la sentencia de instancia que desestima la demanda de divorcio formulada por la esposa con el consentimiento de su marido, al considerar que, ostentando ambos la nacionalidad marroquí, el divorcio ha de regirse por su ley nacional común conforme al artículo 107 del Código Civil, no habiendo acreditado la existencia en la legislación de su país de la causa legal de divorcio invocada en la demanda, interpone la actora recurso de apelación a fin de que se revoque la resolución combatida y, en su lugar, declarando la competencia de los Tribunales españoles para el conocimiento del litigio, acoja en su integridad los pedimentos de la demanda.

El Ministerio Fiscal no formuló, en el plazo a tal efecto conferido, escrito de oposición al recurso.

En este sentido, de lo actuado en la *litis* se deduce que los dos integrantes de la pareja son de nacionalidad marroquí y que contrajeron matrimonio religioso bajo el rito islámico en Almería el 1 de noviembre de 1995.

En consecuencia, conforme a lo establecido en el artículo 107 del Código Civil, en la redacción vigente durante la sustanciación de la anterior instancia de este proceso —redacción que, como luego veremos, ha sufrido una sustancial modificación—, la normativa sustantiva aplicable para regular su separación matrimonial sería la propia de Marruecos, ya que ambos son nacionales de dicho país. Sin embargo, como señala la sentencia recurrida ninguna prueba se ha propuesto en orden a demostrar el contenido de la ley marroquí y su vigencia, como exige el artículo 281.2 de la LEC. Ahora bien, la solución jurídica adecuada a esta falta de prueba sobre la ley nacional común de los cónyuges extranjeros no puede ser la adoptada por el Juzgador *a quo*, de cuyo criterio discrepa esta Sala, toda vez que en casos como el presente en que se desconoce el contenido del derecho extranjero cuya aplicación se invoca, la jurisprudencia

del Tribunal Supremo es pacífica en cuanto a la aplicación de la normativa española, al decir que la aplicación del derecho extranjero es una cuestión de hecho y como tal ha de ser probada por la parte que lo invoca, de suerte que su aplicación no suscite la menor duda razonable a los tribunales españoles. Cuando a éstos no les es posible fundar con seguridad absoluta la aplicación del derecho extranjero, juzgarán conforme al derecho español (SSTS de 31 de diciembre de 1994, 25 de enero de 1999, 5 de junio de 2000 y 17 de julio de 2001). A pesar de que por esta vía se pueda incurrir en el riesgo de dejar a la elección de las partes la cuestión de la Ley aplicable (puede no interesarles alegar el derecho extranjero designado por la norma de conflicto, prefiriendo, en cambio, la *lex fori*), según el Tribunal Constitucional la doctrina jurisprudencial de que en defecto de prueba del derecho extranjero debe estarse al Derecho español es más respetuosa con el contenido del artículo 24.1 de la Constitución española que la solución adoptada por la sentencia recurrida de tener por decaída la demanda, «dado que el Derecho español, con carácter sustitutorio del que resulta aplicable, también puede ofrecer en una situación de tráfico externo la respuesta fundada en Derecho que el citado precepto constitucional exige» (STC 155/2001, de 2 de julio).

Por todo ello, y en aras a procurar una tutela judicial efectiva de los intereses en juego (artículo 24 Constitución Española), evitando la indefensión, y procurando proteger el interés superior, fundamental y básico, del menor y la solución del caso concreto procede, con estimación del recurso, revocar la sentencia de instancia, acogiendo en su lugar la petición hecha por ambos esposos, que coinciden en solicitar el divorcio, aprobando el convenio regulador que se propone con la demanda ya que garantiza adecuadamente los superiores intereses del menor hijo habido del matrimonio, habiendo expresado el Ministerio Fiscal su conformidad a la aprobación del mismo.

Con independencia de lo anterior y a mayor abundamiento, la reforma introducida en el Código Civil por Ley Orgánica 11/2003, de 29 de septiembre, aboca a la misma conclusión por cuanto el artículo 107 en su nueva redacción establece en el apartado 2, letra b), que «en todo caso, se aplicará la ley española cuando uno de los cónyuges ... resida habitualmente en España, si en la demanda presentada ante tribunal español la separación o el divorcio se pide por ambos cónyuges o por uno con el consentimiento del otro», requisitos plenamente concurrentes en el presente caso pues ambos cónyuges tienen su domicilio habitual en este país y la demanda de divorcio se interpuso por la esposa con el consentimiento de su marido, habiéndose ratificado ambos a presencia judicial

tanto en la demanda como en la propuesta de convenio regulador que a la misma se acompaña y si bien es cierto que dicha norma se introdujo en nuestro Ordenamiento Jurídico con posterioridad a la sentencia dictada en primera instancia, carece de sentido desde el punto de vista de la economía procesal y de la propia justicia material, máxime existiendo un hijo de corta edad cuyos superiores intereses son dignos de una tutela rápida y eficaz, remitir las partes a un nuevo proceso civil en el que se llegaría a un resultado idéntico al que aquí se persigue y en el que ya no habría necesidad de probar la ley nacional común de los cónyuges al regirse el divorcio de mutuo acuerdo por la ley material española, a tenor del vigente artículo 107.2.b) del CC.

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

No procede declarar la nulidad del matrimonio, puesto que no se ha acreditado que el demandado contrajese el referido matrimonio con la finalidad de obtener la nacionalidad española, dado que es indicio contrario a tal simulación el hecho de que aquél disfrutara de estabilidad económica.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

La dirección letrada de doña Carmela se alzó contra la sentencia de instancia reclamando que se estimen los pedimentos de la demanda declarativos de la sentencia de nulidad matrimonial por falta de consentimiento, revocando asimismo el pronunciamiento condenatorio en las costas a la parte demandante con imposición a la demandada, mientras que la parte apelada solicitó la desestimación del recurso de apelación con imposición de costas a la parte recurrente.

Frente a las figuras de separación matrimonial y el divorcio que articulan remedios legales que podríamos calificar de ordinarios ante la crisis conyugal, y sobre la base de la validez del vínculo en su momento contraído, la declaración de nulidad de dicho nexo nupcial se ofrece con un carácter excepcional pues supone la exclusión de los condicionantes, ya de la capacidad subjetiva, ya formales, bien afectantes a la correcta formación y emisión del consentimiento matrimonial que, en definitiva, pueden determinar, con uno u otro alcance, la negación *ab initio* del negocio jurídico matrimonial, en hipótesis bien de inexistencia

del mismo, o bien de nulidad absoluta o relativa, según el clásico esquema clasificatorio doctrinal que sin embargo no encuentra adecuado acomodo en el artículo 73 del Código Civil, que engloba, sin distinción aparente y bajo la rúbrica común de nulidad, todas las irregularidades concurrentes en la celebración del matrimonio, aunque es cierto que en los preceptos siguientes viene a establecerse un régimen divergente para alguno de los supuestos allí genéricamente contemplados, lo que implica una clara aproximación hacia los referidos esquemas doctrinales.

Sin embargo, en cualquiera de las posibilidades que recoge el citado precepto, y por el carácter excepcional de la institución examinada, al negarse validez *a posteriori* a un contrato matrimonial aparente, ha de actuarse con especial cautela respecto de los datos fácticos y elementos probatorios ofrecidos a la consideración judicial, de tal modo que sólo cuando conste de manera inequívoca la concurrencia de condicionantes susceptibles de integrarse en las referidas previsiones legales, puede proclamarse la radical solución sanadora propugnada, que entra

en colisión con el principio del *favor matrimonii*, bastante más atenuado, en las figuras de la separación o el divorcio.

Las pruebas practicadas no demuestran que el demandado contrajese matrimonio con la finalidad de obtener la nacionalidad española. Se opone a esa finalidad el hecho de la pronta firma por don Juan Francisco del convenio de separación conyugal y la devolución de su tarjeta de residente que fue realizada el 21 de junio de 2002, tal como ha quedado acreditado con el documento acompañado a la contestación que obra al folio 166. Por otra parte también la estabilidad económica de la que disfrutaba el demandado en la época del matrimonio prestando sus servicios en la compañía Aerolíneas Argentinas como auxiliar de a bordo internacional no apunta a la existencia de la finalidad descrita. En contra de lo afirmado en el recurso de apelación (folio 406) hay que dar por probado que la madre del demandado tiene la nacionalidad española, ya que es admitido por la demandante en el interrogatorio que obra al folio 361 y este hecho en su caso facilitaría la obtención de la nacionalidad a don Juan Francisco.

Es cierta la gran dificultad que encierra la prueba efectiva de la simulación, en cuanto que ciertamente afecta al orden o fuero interno de las personas, suponiendo una discordancia entre lo realmente sentido y querido y lo manifestado con el deseo de procurarse una apariencia que permita gozar de unos beneficios que, de otro modo, serían negados, siendo por ello preciso acudir para su apreciación a actos y conductas anteriores y posteriores al supuesto matrimonio, llevadas a cabo por las partes. Pero estas conductas tampoco permiten concluir que existe la causa de nulidad prevista en el núm. 1 del artículo 73 del CC, pues ella en el interrogatorio admitió que antes de casarse todo era maravilloso, la permanencia del demandado con la demandante ha sido reducida durante el matrimonio, pero no mínima y se puede explicar, al menos en parte, por las características de su trabajo. Es cierto que la prueba practicada no prueba que el demandado haya realizado aportaciones a los gastos del matrimonio, salvo las 100.000 pesetas admitidas expresamente por la demandante (folio 362), pero ello no es un indicio suficiente para considerar que existe un vicio de consentimiento.

PATRIA POTESTAD

Teniendo en cuenta que el escaso contacto del padre con el menor se ha debido a las tensiones existentes entre los progenitores no se estima que exista causa de privación de la patria potestad.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

En primer lugar discrepa del contenido de la parte dispositiva, en relación a no haberse procedido a la privación de la patria potestad, cuando era claro y evidente el abandono por parte del progenitor no custodio, de las obligaciones inherentes al instituto de la patria potestad. Cita en consecuencia la infracción del artículo 170 del Código Civil.

La pretensión impugnatoria así deducida debe de ser plenamente desatendida, con íntegra confirmación al respecto de la fundamentación jurídica de la sentencia apelada. La doctrina jurisprudencial ha venido considerando el carácter sancionador del artículo 170 del Código Civil, y ha entendido que

tan sólo en los supuestos de graves incumplimientos de los deberes derivados del ejercicio de la patria potestad, es cuando debe aplicarse el precepto de privación total o parcial de la potestad (SSTS de 6 de julio y 18 de octubre de 1996), y siempre buscando el interés del menor, adoptándose tal medida restrictiva en beneficio del mismo (STS de 31 de diciembre de 1996).

En el caso de autos la mera situación temporal del impago de las pensiones alimenticias, durante cuatro o cinco meses, acordadas en la anterior causa de separación, no es causa suficiente para privar al progenitor de la titularidad compartida

de la patria potestad, al tratarse de una situación puntual, producida tras el transcurso de tres años y medio de la adopción de medidas, y que ha sido ya solventada mediante la satisfacción de las pensiones alimenticias devengadas y no cumplimentadas.

Tampoco es de apreciar la grave y voluntaria decisión del progenitor de desatender la relación personal con su hijo de 4 años de edad. Las tensiones de los esposos por la consecuencia de la crisis

matrimonial sin duda han influido en el escaso contacto del progenitor con su hijo de escasa edad. Las circunstancias de no haber acudido el padre a la guardería y entrevistarse con la profesora, no puede atribuirse, en forma unívoca, a la voluntad del progenitor de desatenderse del niño, argumentado aquél que ello es debido a razón de su jornada laboral y a la decisión de la madre de llevar y recoger al menor del centro educativo.

PATRIA POTESTAD

La escasa comunicación entre el padre y las hijas menores no es causa suficiente que motive la privación o la suspensión de la patria potestad, máxime cuando dicha comunicación no se ve favorecida como consecuencia de la crisis de la pareja.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

Es el establecimiento compartido de la patria potestad, lo que constituye la pretensión impugnatoria formulada por la accionante doña Francisca, frente a la sentencia de la primera instancia, postulándose la privación, o en su caso suspensión, de la patria potestad del padre para con sus hijas, establecida en forma compartida, ante el incumplimiento grave de sus deberes paterno filiales.

El argumento sostenido por la accionante para fundamentar la privación o suspensión de la patria potestad al padre de las menores, referido a la escasa comunicación de aquél con sus hijas, ha de ser desatendido.

Si bien la sentencia del anterior proceso de separación matrimonial, estableció un régimen de comunicación, visitas y compañía del padre para con sus hijas, sujetas a la guarda y custodia de la esposa, la incomunicación no tan sólo ha sido debida a la propia decisión del progenitor, sino también se ha visto favorecido por la consecuencia de la crisis o ruptura de la pareja, que ha dificultado las

relaciones del padre con sus hijas, las cuales en la exploración causada en el proceso, con intervención del Ministerio Fiscal, no manifestaron circunstancia objetiva suficiente para no desear verse con su padre, explicitando María Rosario, de 13 años de edad, que no ha pasado nada con su padre, ni siquiera se ha portado mal con ella, mientras que la pequeña, Inmaculada, de 11 años de edad, expresó que no estaría mal conocer a su padre y pasar algunas horas con el mismo, e incluso irse de vacaciones.

En su consecuencia, y dado que la privación o suspensión de la patria potestad, no debe suponer una sanción para el padre, sino una medida de protección para las menores, debiendo acordarse en interés de las mismas, no procede en el caso de autos acceder a tal drástica medida, pues impediría la relación afectiva del padre con sus hijas, que el padre desea mantener, tal como informa también el Ministerio Fiscal que ha referido su desaprobación a la adopción de semejante medida.

PATRIA POTESTAD

Responsabilidad de los padres respecto a las lesiones y daños que sufrió el conductor de una motocicleta en un accidente que provocó la irrupción en la calzada de la hija de 13 años.

AP BARCELONA, SEC. 17.ª, SENTENCIA DE 29 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Amelia Mateo Marco

Resta ahora por examinar el último argumento, que esgrimen los apelantes, relativo a la imposibilidad de atribuirles responsabilidad por un hecho que fue debido a descuido de la menor o al exceso de la velocidad de la motocicleta. Ha quedado probado que el accidente se produjo por la actuación, negligente de la menor, que cruzó la calzada por un lugar no destinado a pase de peatones, y además sin comprobar antes de que podía hacerlo sin riesgo.

La responsabilidad civil de los padres que consagra el artículo 1903 CC se ha justificado tradicional y doctrinalmente por la transgresión del deber de vigilancia que a los primeros incumbe, que el legislador contempla estableciendo una presunción de culpa concurrente en quien desempeña la patria potestad y la inserción de una matiz objetivo en dicha responsabilidad que prácticamente pasa a obedecer a criterios de riesgo en no menor proporción que los subjetivos de culpabilidad (SSTS de 1 de junio de 1980, 10 de marzo de 1983 y 28 de julio de 1997). En cuanto a los criterios subjetivos de culpabilidad, puede argumentarse en el caso

enjuiciado sobre la obligación de los padres de proporcionar a la menor educación viaria que le enseñase que no puede irrumpirse sorpresivamente en una calzada donde transitan vehículos, como ha tenido ocasión de señalar recientemente la SAP Barcelona, sección 16, 27 de febrero de 2004, en un supuesto sustancialmente idéntico al presente; pero más allá de tales criterios subjetivos, la objetivación de la responsabilidad a que se tiende trata en definitiva de buscar, en último término un responsable, a fin de que los daños, sean indemnizados, y en la medida de lo posible, no sean causados. La responsabilidad de los padres se trata, como dice la STS de 11 de marzo de 2000, de una responsabilidad por semi-riesgo con proyección cuasi objetiva, que procede aunque los padres no estén presentes en el momento de ser cometido el hecho. En definitiva, prima el derecho del perjudicado a ser indemnizado, de modo que lo único que puede liberar a los padres será la demostración de que la acción del hijo no fue culposa, y en el caso de autos, la única causa del accidente fue precisamente el irreflexivo comportamiento de Sara.

GUARDA Y CUSTODIA

El hecho de que de la madre cambie su domicilio a otro país no justifica el cambio de la guarda y custodia, pero sí procede establecer un régimen de visitas de dos meses durante el verano y en los períodos vacacionales de naturaleza escolar superiores a cinco días, a fin de favorecer y asegurar el correcto contacto del otro progenitor con su hija.

AP MÁLAGA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Rafael Caballero Bonald Campuzano

La parte apelante entiende que la sentencia dictada no es ajustada a derecho, ya que al haber concedido la guarda y custodia de la menor al padre, no ha tenido en consideración las exigencias derivadas de la aplicación del principio de *favor filii*, el cual ha sido vulnerado si se atiende a la edad de la menor, escolarización, dominio del idioma, integración con la madre y demás circunstancias personales con-

currentes. Por lo demás, el simple cambio de país de residencia no es causa suficiente para acordar una medida de tanta trascendencia, al haber sido debido dicho desplazamiento a motivos laborales y familiares contundentes y plenamente acreditados. Por otro lado, el demandado igualmente impugna la resolución judicial recaída, al entender que la privación de la guarda y custodia no sólo viene

aconsejada por las razones expuestas en aquélla, sino que habría que agregar el incumplimiento reiterado del régimen de visitas estipulado conforme a lo dispuesto en el artículo 776.3 de la LEC.

Con carácter preliminar a debatir acerca del fondo de la cuestión planteada, hay que reseñar que en la materia objeto de análisis es evidente que el beneficio e interés del menor debe ser el criterio principal a considerar a la hora de pronunciarse sobre el particular, y, por lo tanto, el órgano judicial debe proceder a valorar y decidir teniendo en cuenta las circunstancias que concurren en los hijos y progenitores, resolviendo según lo mejor para ellos y para el libre y correcto desarrollo de su formación y personalidad (artículos 92, 94, 96, 103, 154, 156 y 159 del CC). Y ello porque los principios rectores de la protección familiar definidos en el artículo 39 de la CE. («los poderes públicos aseguran la protección integral de los hijos»), permiten al juzgador una mayor autonomía en aras de la búsqueda de la solución más equitativa y menos perjudicial para el menor. Este carácter indisponible recogido en la legislación española se acomoda a lo dispuesto en la Convención sobre los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1990, y ratificada por España el 30 de febrero de 1990, en cuyo articulado se parte de la premisa de que cualquier medida que se adopte respecto de ellos, tendrá que basarse en su interés superior. Y en lo tocante a las relaciones paternofiliales, su artículo 18 reconoce el principio de que ambos progenitores tienen obligaciones comunes en lo que afecta a la crianza y desarrollo del niño. En consonancia con lo cual, tal criterio es desarrollado en la LO 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, donde se insiste en la necesidad de proteger en primer lugar el interés superior del menor sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Sentado lo que antecede, es procedente estimar parcialmente el recurso interpuesto por la representación procesal de la parte demandante. Y ello porque si bien es correcto afirmar que no cabe atribuir automáticamente a la madre la facultad de guarda y custodia como insinúa la reconviniente, sí hay que actuar de tal modo cuando las necesidades del menor están correctamente atendidas y el desarrollo integral de su personalidad así lo aconseja. Pues de otro modo, y aún cuando el juzgador niega tal circunstancia expresamente en su sentencia, se estaría acudiendo a criterios culpabilísticos para resolver el difícil problema suscitado, ya que se estaría asociando a una determinada acción (cambio de domicilio sin haber solicitado la correspondiente modificación de medidas), una sanción concreta (variación del régimen de guarda y custodia), prescindiendo del único interés que realmente debe

ser tutelado por encima del que evidentemente corresponde a los progenitores. Y los escritos y declaraciones prestadas a lo largo de la tramitación del pleito por ambos litigantes, vienen a demostrar que los dos ejercen las funciones propias de la relación paterno filial de modo adecuado, cumpliendo con las obligaciones inherentes a la patria potestad y velando en todo momento por el bienestar del menor. Discrepando, en realidad, acerca de las cargas adicionales que conlleva el cumplimiento del nuevo sistema de visitas como consecuencia del cambio de domicilio a otro país diferente, al suponer un desplazamiento a un lugar situado a considerable distancia con los consiguientes gastos que tal circunstancia conlleva. De lo que se sigue que si la estabilidad y beneficio de la hija han de ser primordialmente valorados a la hora de tomar una decisión al respecto, habrá que comprobar que la relación con la madre, mantenimiento y escolarización es idónea con el fin de protección antes aludido, así como que el motivo del cambio de residencia obedezca a una causa lógica y justificada, sin que sea originado por una actitud caprichosa o inconsecuente. Pues bien, los interrogantes planteados deben ser rechazados, ya que la progenitora ha demostrado que la convivencia y escolarización de la menor es inobjetable (en apoyo de las manifestaciones de la reconvenida, y al margen del informe pericial que no fue admitido, se encuentra el certificado emitido por la guardería –folio 77–), permitiendo las visitas con el padre en todo momento por más que bajo unas circunstancias más dificultosas, con las comprensibles cautelas en cuanto al aviso previo de la presencia del progenitor. Asimismo, concurre una poderosa causa de modificación del domicilio, pues a la obvia situación de desprotección emocional que implica la ruptura matrimonial en un país ajeno especialmente en lo tocante al apoyo familiar, la apelante ha acreditado a través de una oferta y un contrato de trabajo (folios 17, 18, 78 y 79) que el deseo y la necesidad de realizar una actividad laboral no era ficticio, sino real y cierto. Por consiguiente, y a la vista de los datos positivos existentes en torno a la recurrente, para privarla de la guarda y custodia de su hija tenían que concurrir razones muy poderosas en tal sentido, sin que pueda catalogarse en dicha forma la variación en cuanto al domicilio aunque haga más gravoso el cumplimiento del régimen de visitas estipulado y aprobado judicialmente. En consecuencia, y aun cuando lo más correcto hubiera sido solicitar la modificación judicial de las medidas previamente aprobadas, el principio de *favor filii* debe ser respetado manteniendo la guarda y custodia de la madre. Ahora bien, puesto que dada la especial importancia de la materia tratada por afectar a individuos menores de edad el juez no se haya condicionado por los principios dispositivo y de rogación, el mismo puede

alterar las peticiones de los litigantes o decretar las medidas que estime oportunas en beneficio del menor; en el presente supuesto, y con el objeto de favorecer y asegurar el correcto contacto del otro progenitor con su hija, es necesario adoptar una serie de medidas tendentes a cumplir tal finalidad. En dicha línea, se acuerda que el régimen de visitas será de dos meses durante el verano y en los períodos vacacionales de naturaleza escolar superiores a cinco días, corriendo por cuenta de la madre

los gastos de desplazamiento del menor y con el derecho de visitarle cuantos fines de semana desee. Suponiendo todo lo que antecede por pura lógica, la desestimación de las pretensiones del actor en lo que respecta al incumplimiento de lo previsto en el artículo 776.3 de la LEC, ya que no se ha dado una vulneración del precepto en los términos sostenidos por la impugnante, sino una modificación en la forma de cumplimiento motivada por razones poderosas convenientemente justificadas.

GUARDA Y CUSTODIA

La mayor o menor flexibilidad del horario laboral de los progenitores, no condiciona la atribución de la guarda y custodia del hijo menor.

AP BARCELONA, SEC. 18.^a, SENTENCIA DE 2 DE JULIO DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Ana María García Esquius

Discrepa el apelante de la atribución de la guarda y custodia del menor a la madre que efectúa la sentencia de instancia y consecuentemente, impugna todas las restantes medidas que derivan de ésta. En el escrito de interposición del recurso se argumenta que el horario laboral de la madre le obliga a delegar el cuidado del menor en terceras personas, que ello supone una «falta de atención» que se revela en el problema que se ha detectado en el menor en cuanto al habla, que la madre no ha acompañado al menor a las sesiones del psicólogo y que el menor ya ha expresado su deseo de ir a vivir con el padre.

A pesar de lo argumentado por el apelante en su recurso, la decisión de la juzgadora de instancia está consistentemente razonada, apoyada en el material probatorio obrante en las actuaciones, y debidamente fundamentada en la legislación existente sobre la materia. Esta legislación está presidida por el principio de prevalencia del interés del menor, reflejado entre otros en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, Convenio Europeo de Derechos Humanos, en sus artículos 1, 2, 16, 25 y 27, Convención sobre los derechos del Niño, ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 (BOE de 31 de diciembre de 1990), Convenio Europeo de 20 de mayo de 1980, sobre custodia, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia y Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, debe inspirar toda esta

materia y obliga a los poderes públicos de manera que sus resoluciones deben responder en primer lugar a este importantísimo interés.

Igualmente el interés supremo del menor es sancionado en nuestra Legislación de manera que cuando el artículo 76.1.a) del Código de Familia de Catalunya exige que al producirse la separación o el divorcio se acuerde aquél de los padres con quien ha de vivir el hijo sometido a la potestad, está supeditando la adopción de esta medida al criterio fijado por el artículo 82, en el que expresamente se dice que a la hora de decidir sobre el cuidado de los hijos, la autoridad judicial ha de tener en cuenta preferentemente el interés de los hijos.

Es por ello que la Sala comparte plenamente el razonamiento de la juzgadora de instancia, del que el apelante discrepa, de que el horario laboral de la madre que trabaja de nueve a 14 horas y de quince treinta a dieciocho treinta horas, no es razón suficiente para acordar un cambio de custodia y atribuir la guarda a aquel de los progenitores que tenga mayor flexibilidad de horarios, y no sólo porque ello supondría, como entienden el Ministerio Fiscal y la juzgadora, una penalización a la madre por el hecho de trabajar, sino sobre todo porque el horario de la madre viene prácticamente a coincidir con el horario habitual tanto de los parvularios como de los centros escolares y el menor Silvio ya ha cumplido los 4 años de edad y así como es la madre la que cada día acompaña al menor al centro escolar por las mañanas, el hecho de que por las tardes sea

el padre, uno de los abuelos o incluso una canguro la que recoja al menor, no podría en modo alguno calificarse de falta de atención.

Existe además una razón fundamental por la que la petición del padre no puede ser acogida al no ir sustentada en razones de peso para el cambio de guarda. Ambos litigantes, padre y madre, firmaron un convenio el 19 de junio de 2001, cuando Silvio apenas contaba 1 año y medio, convenio en el que acordaban que se atribuía la guarda del menor a la madre la cual ya entonces se encontraba trabajando en la misma empresa en la que continúa, el FC Barcelona. Indudablemente un menor de dos años exige mayores atenciones y control y sin embargo entonces los padres, con las mismas circunstancias laborales, decidieron que fuera la madre quien asumiera el cuidado del niño el cual ha convivido siempre con ella por lo que su separación compor-

taría para el niño un cambio profundo de importantes consecuencias. Los pactos alcanzados por los cónyuges en un previo convenio de separación deben ser respetados y cumplidos en tanto no se acredite una alteración sustancial de las circunstancias. El convenio no responde sólo a un momento puntual sino que tiene una clara vocación de futuro hasta el punto que es la propia ley, en especial los artículos 76, 77 y 78 del Código de Familia de Catalunya, la que atribuye a los miembros de la pareja un amplio margen a la autonomía de la voluntad para regular los efectos de la situación de crisis, ya que en principio nadie está en mejores condiciones para determinar las consecuencias de la ruptura y los efectos tanto personales como económicos, que los propios interesados, que conocen perfectamente sus circunstancias personales y los medios con que cuentan.

GUARDA Y CUSTODIA

Es procedente conceder la guarda y custodia del hijo al padre, a la vista de la exploración del joven dado que tiene 15 años y ésta ha sido su voluntad, y aunque ello no sea vinculante sí es un dato de especial importancia.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

La primera cuestión suscitada hace referencia a la guarda y custodia del hijo menor de edad que la madre pretende le sea concedida.

La impugnación planteada habrá de ser resuelta conforme al artículo 92 del CC y la Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, interpretado todo ello conforme a la legislación supranacional, entre otras, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, que proclamó que el niño, entre otros derechos, tenía el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad, y la Resolución de 29 de mayo de 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que subraya que «En todos los casos el interés de los hijos, debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de éstos, en caso de divorcio, anulación o separación».

Con tales presupuestos normativos la resolución judicial ha de atender para la adopción de la medida debatida a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que

se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de los menores, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos y relaciones con ellos en especial si existe un rechazo o una especial identificación, su edad y capacidad de autoabastecerse, etc.

Así establecidos los criterios orientadores el Juzgador de la Primera Instancia resuelve acertadamente al conceder la guarda y custodia del hijo al padre, a la vista de los datos obrantes a la causa, siendo ello conforme a derecho y a las circunstancias del caso si pensamos en el contenido de la exploración del joven dada la edad del mismo, 15 años al momento del desarrollo de las actuaciones y teniendo en cuenta que si bien en tales condiciones la voluntad del hijo no es vinculante jurídicamente sí es un dato de especial importancia y significa-

ción en cuanto resolver en contra de tales deseos precisa de la existencia de elementos considerables que permitan fundamentar dicha decisión, lo que ciertamente no se da en este caso, al no acreditarse riesgos o peligros para la educación y desarrollo de la vida del menor derivados de la custodia

paterna, razones todas que determinan en este caso el rechazo del recurso planteado y conllevan la confirmación de la resolución recurrida debiendo rechazar también, por ello, las medidas solicitadas con carácter secundario y que derivan de la petición principal.

GUARDA Y CUSTODIA

Procede otorgar la guarda y custodia de la hija a la madre dado que es ella la que se relaciona con los profesionales del centro donde ingresó aquélla al padecer una minusvalía por oligofrenia.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

Procede examinar en primer lugar la cuestión concerniente a la guarda y custodia de la hija Marina de 30 años de edad, como nacida el 13 de octubre de 1973, con una declaración de minusvalía por una oligofrenia y cuya incapacitación determinó respecto de la misma la rehabilitación de la patria potestad de sus padres.

El tema así suscitado relativo a la guarda y custodia de la hija habrá de ser resuelto conforme al artículo 92 del CC y la Ley de Protección Jurídica del Menor de 1996, interpretado todo ello conforme a la legislación supranacional, entre otras, la Declaración de los Derechos del Niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas en 1959, que proclamó que el niño, entre otros derechos, tenía el de crecer en un ambiente de afecto y seguridad, y la Resolución de 29 de mayo de 1967 del Consejo Económico y Social de las Naciones Unidas, que subraya que «En todos los casos el interés de los hijos, debe ser la consideración primordial y más concretamente en los procedimientos relativos a la custodia de éstos, en caso de divorcio, anulación o separación».

Con tales presupuestos normativos la resolución judicial ha de atender para la adopción de la medida debatida a los elementos personales, familiares, materiales, sociales y culturales que concurren en una familia determinada, buscando lo que se entiende mejor para los hijos, para su desarrollo integral, su personalidad, su formación psíquica y física, teniendo presente los elementos individualizados como criterios orientadores, sopesando las necesidades de atención, de cariño de los menores, de alimentación, de educación y ayuda escolar, de desahogo material, de sosiego y clima de equilibrio

para su desarrollo, las pautas de conducta de su entorno y sus progenitores, el buen ambiente social y familiar que pueden ofrecerles, la ayuda laboral, sus afectos y relaciones con ellos en especial si existe un rechazo o una especial identificación, su edad y capacidad de autoabastecerse, etc.

Así establecidos los criterios orientadores el Juzgador de la primera instancia resolvió fijar la guarda y custodia de la hija común otorgándosela a la madre lo que al parecer de la Sala es conforme a derecho y a las circunstancias del caso si pensamos que es la madre el progenitor con quien se relacionan los profesionales del centro «Ángel de la Guarda» (en el que ingresó la hija en 1981, en régimen de media pensión), para realizar el seguimiento de su evolución, revisar programas de atención, planificar actividades, etc. Refiere el informe psicológico que obra unido al folio 300 y siguientes de los autos que la capacidad de comunicación de la hija es limitada ya que carece de lenguaje expresivo, siendo su motricidad gruesa bastante deficitaria ya que presenta cierta dificultad en los desplazamientos, siendo su relación con iguales escasa, y siendo la madre quien habitualmente la acompaña a la consulta y le proporciona la atención correcta y el cariño que la paciente necesita, según el médico del centro de salud, tal y como se comunica al folio 302 de los autos, reseñándose también su preocupación constante por el ejercicio de la hija para que no pierda movilidad, representando Carmen un apoyo fundamental para que Marina siga progresando, razones todas que determinan en este punto el rechazo del recurso planteado y conllevan la confirmación de la resolución recurrida.

GUARDA Y CUSTODIA

No existe ningún obstáculo para que la guarda y custodia se atribuya a la madre, ya que el trastorno ansioso-depresivo, según consta en el informe del médico forense, no le incapacita para que pueda hacer frente al cuidado de su hija de dos años de edad.

AP BADAJOZ, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Isidoro Sánchez Ugena

El único motivo del recurso de apelación se centra en la pretensión del recurrente de que se le confiera al mismo la guarda y custodia de la hija menor de edad habida del matrimonio. Entiende que el juzgador *a quo* ha incurrido en error en la valoración de la prueba ya que no ha tenido en cuenta los problemas psiquiátricos que padece la madre de la menor, aduciendo a tal efecto, además de otros, el informe emitido por el Médico Forense del Juzgado de Primera Instancia número dos de los de Zafra.

No existe ninguna razón que justifique el modificar el criterio adoptado por el Juzgador *a quo*, la temprana edad de la hija habida en común, de solo dos años, aconseja que la guarda y custodia le sea atribuida a la madre, quien además ya la ostenta desde el momento mismo de la adopción de las medidas provisionales.

No se ha acreditado que la madre padezca algún tipo de enfermedad mental que la incapa-

cite para un normal ejercicio de esa función de guarda y custodia. El informe médico forense al que se refiere el apelante (folio 245) no puede ser valorado en la forma que se pretende. El perito judicial, claramente concluye que «actualmente no existe ningún inconveniente para que pueda hacer frente al cuidado de su hija de dos años de edad». Y añade que «la resolución de los problemas judiciales en que está inmersa incidiría de manera positiva en la evolución de dicho trastorno ansioso-depresivo». Fuera de este informe, invocado de las necesarias garantías de naturalidad y profesionalidad, no existe ninguna otra prueba mínimamente convincente que permita adoptar una medida diferente a aquella por la que se ha optado en la primera instancia y que por los argumentos ahora examinados debe ser mantenida.

GUARDA Y CUSTODIA

El deficiente comportamiento escolar del menor no es causa para modificar la custodia a favor del padre, ya que esta misma situación existía cuando el menor convivía anteriormente con el padre.

AP BADAJOZ, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 16 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Fernando Paumard Collado

El único punto de la Sentencia en que discrepa el progenitor hoy apelante es el relativo a la determinación de la guarda y custodia del menor Fidel, de doce años de edad, que la Sentencia atribuye a la madre, mientras que el hoy apelante entiende que debe atribuirse al padre, por aplicación del artículo 92 CC que preconiza, a la hora de la atribución de la guarda y custodia, la conveniencia de no separar a los hermanos y por aplicación de los Convenios Internacionales sobre Derechos del Niño.

De la prueba practicada en los Autos, se desprende que no se ha vulnerado por el Juzgado de instancia, lo preceptuado en el artículo 92 CC, pues consta que, si bien el menor estuvo conviviendo con su padre en la provincia de Álava, durante el curso escolar 2001/2003, sin embargo regresó con su madre para el siguiente curso escolar, encontrándose actualmente siguiendo sus estudios en Badajoz, aunque su rendimiento escolar no ha sido nunca bueno, ni cuando estaba con su padre, ni tampoco

en la actualidad, de ahí que las razones que el hoy recurrente apunta para obtener la revocación de la Sentencia de instancia, es decir, el deficiente comportamiento escolar como indicio revelador de un incumplimiento por parte de la madre, de sus obligaciones de guarda y custodia, se manifiesten como inconsistentes a los efectos pretendidos por el apelante, porque esas mismas razones existían cuando el menor convivía con su padre en Álava.

Consiguientemente y dado que acceder a lo interesado en el recurso supondría que el menor tuviera que cambiar otra vez más (y sería la tercera) de ambiente social, escolar, personal, de amistades e incluso hasta podría decir que idiomático, todo ello aconseja que se evite en lo posible esos vaivenes y esos cambios constantes en todos los aspectos que lo único que podrían hacer es contribuir a descentrar, aún más, al menor.

GUARDA Y CUSTODIA

El horario laboral del padre y la rotación en turnos, no es un obstáculo para que éste pueda continuar con la guarda y custodia que se le atribuyó en su día.

AP ÁLAVA, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 24 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Íñigo Madaria Azcoitia

Impugna la recurrente la sentencia de instancia en cuanto se otorga al padre la guarda y custodia de los hijos menores. Considera que el informe del Equipo Psicosocial en que se basa esa decisión se encuentra desfasado al haber transcurrido más de cinco meses y haber variado las circunstancias en el concreto aspecto que afecta a las relaciones familiares. Alega asimismo que el padre debe asumir sus obligaciones con los hijos, lo que se dificulta con el horario de trabajo a turnos, y no ha cumplido el compromiso de prestar atención psicológica a los menores.

Como ya resolvimos con ocasión de la solicitud y denegación de recibimiento a prueba del recurso, en el concreto medio probatorio que pretendía la realización de nuevo informe pericial, sobre la base de nuevas entrevistas con los menores por parte de los técnicos del equipo psicosocial, la situación de hecho a tener en cuenta, que determina el otorgamiento de la guarda al padre, viene condicionada por la proximidad de la anterior exploración y examen de los menores y la emisión de oportuno informe, en el que se destaca, entre otros, la dificultad en las relaciones de la recurrente con los hijos, así como la falta de condiciones afectivas, lo que sin duda repercute negativamente en una eventual convivencia impuesta, teniendo en cuenta que los propios hijos manifestaron encontrarse satisfechos con el padre y su deseo de continuar viviendo con él, al tiempo que asumen las dificultades de convivencia con la madre, volarado todo ello desde la madurez y responsabilidad que puede

deducirse de la edad de los menores, 15 y 13 años respectivamente en el momento de la interposición de la demanda, 23 de septiembre de 2003, y de la asunción de un régimen de visitas amplio y flexible que razonablemente debe suponer una forma de recuperación de la necesaria afectividad y normalidad en las relaciones materno filiales. Hechos sobre los que no consta una alteración o cambio sustancial, ni siquiera, aun recuperada la afectividad necesaria, tampoco justificaría el cambio de la custodia, pues la normalidad desarrollada en la convivencia con el padre no se ve afectada por las razones que expone la recurrente. Así el horario laboral de éste no es impedimento para un correcto ejercicio de esa facultad, teniendo en cuenta la autonomía que pueden desarrollar los menores dada su edad. En definitiva no se ha producido ninguna alteración sustancial suficiente para propiciar el cambio en del régimen de guarda, conforme a lo dispuesto en el artículo 91 del Código Civil. Tampoco concurre ninguna causa de incumplimiento de las obligaciones del padre que pueda determinar la revocación de la custodia, pues el concreto aspecto de la guarda que afecta a la asistencia psicológica de los menores es una mera recomendación del equipo psicosocial, sin que conste una voluntad del padre contraria a su cumplimiento, ni tampoco que la prestación de ese apoyo psicológico sea una necesidad ineludible.

GUARDA Y CUSTODIA

No procede establecer el régimen de guarda y custodia compartida al no beneficiarles a los menores el cambio de régimen de vida al que van a estar sometidos cuando dejen de vivir con un progenitor y pasen a hacerlo con el otro.

AP BURGOS, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 26 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Ildefonso Jerónimo Barcala Fernández de Palencia

Como alternativa a la atribución de la guarda y custodia se solicita en el recurso la guarda y custodia compartida, esto es, que los menores estén seis meses con el padre y otros seis meses con la madre. Se solicita este régimen a pesar de la oposición del Ministerio Fiscal y de que el informe psicosocial no lo considera adecuado en estos momentos dada la edad del menor Manuel, de 4 años de edad.

Con relación a este sistema de organización de la guarda y custodia, que siempre requerirá que ambos progenitores sean en principio igualmente aptos para desempeñarla, lo primero que hay que decir es que resulta difícilmente conciliable con la regulación de las relaciones paternofiliales en nuestro Código Civil, cuyos artículos 159 y 160 parten de la base de un solo progenitor encargado de la guarda y un régimen de visitas más o menos amplias con el progenitor no custodio. Éste es el sistema que se ha venido siguiendo hasta ahora, y por más que algunas Audiencias hayan introducido la guarda y custodia compartida, otras se han mostrado en contra, como la AP de Valladolid, Sección 1.ª, en Sentencia de 19 de enero de 2004.

Ya hemos dicho que el informe psicosocial no considera adecuado este sistema por la menor edad de uno de los hijos, lo que nos parece acertado pues una de las principales dificultades que se ofrece a primera vista en la guarda y custodia compartida es el cambio de régimen de vida al que van a estar sometidos estos niños cuando dejen de vivir con un progenitor y pasen a hacerlo con el otro. Quizás un cambio de esta naturaleza puede ser más fácilmente asumible por un niño de mayor edad, que goza ya de una cierta autonomía con respecto a los cuidados que recibe de sus padres. Sin embargo, la adaptación es más problemática cuando se trata de un niño de corta edad, con la desventaja añadida de que, una vez adaptado el niño a su nuevo hogar, su régimen de vida vuelve a alterarse al marcharse a vivir a la casa del otro progenitor. Ciertamente, el mismo cambio se produce también con el régimen de visitas, pero sabido es que la necesidad de adaptación en estos casos es menor porque el traslado de casa se produce en fines de semana y vacaciones, en épocas más propicias para esta clase de cambios en los hábitos de vida.

GUARDA Y CUSTODIA

No procede modificar la guarda y custodia atribuida desde la separación al padre por la circunstancia de que la madre haya estabilizado su vida al no acreditarse que la situación actual sea perjudicial para el hijo.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Ana María García Esquius

La pareja compuesta por Fermín, nacido el 24 de octubre de 1964 y Soledad, nacida el 31 de agosto de 1972, contrajo matrimonio el día 8 de junio de 1991 y el 4 de diciembre de 1993 nació el hijo común Álvaro. Presentada demanda de separación por la Sra. Soledad, en fecha 3 de septiembre de 2001 se

dicta sentencia, atribuyéndose al padre la guarda y custodia del menor, sentencia que devino firme al no interponerse recurso contra la misma.

Desde la fecha en que se produjo la separación el hijo ha venido conviviendo ininterrumpidamente con el padre, sin que hasta la fecha se haya observa-

do que este régimen de custodia no es beneficioso para el menor, ni resulta en consecuencia justificado un cambio de custodia. Partiendo siempre del principio de prevalencia del interés del menor, reflejado entre otros en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, Convenio Europeo de Derechos Humanos, en sus artículos 1, 2, 16, 25 y 27, Convención sobre los derechos del Niño, ratificada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989 (BOE de 31 de diciembre de 1990), Convenio Europeo de 20 de mayo de 1980, sobre custodia, reconocimiento y ejecución de decisiones en materia de custodia de menores y restablecimiento de dicha custodia y Convenio de La Haya de 25 de octubre de 1980, al examinar si es correcto proceder o no un cambio de custodia hemos de atenernos al interés del menor, y en este sentido la madre no aporta datos significativos que lleven al tribunal a pensar que va a ser más beneficioso para Álvaro alterar su actual entorno familiar, modificar su actual ritmo de vida y lo que es más importante, separarle del padre con quien ha establecido el vínculo emocional más fuerte por razón de su convivencia diaria. Refuerza la opinión de la Sala la valoración de los antecedentes del caso, puesto que

Álvaro paso por un gran momento de fragilidad emocional, requiriendo incluso una terapia, cuando se produjo la separación de los padres y porque además, es un niño que ha tenido problemas de salud lo que exige de quien le atiende un mayor nivel de exigencia. No debería entenderse esta conclusión como una devaluación de la capacidad de la madre para afrontar el cuidado del menor, dado que parece haberse estabilizado su situación, sino como una valoración objetiva de la realidad actual y de la conveniencia de mantener inalterable el entorno del menor para que éste pueda seguir creciendo de forma equilibrada, sintiéndose seguro y confiado como se encuentra ahora, ya que ésta es la impresión que puede obtenerse tras examinar el resultado de la exploración judicial que obra en pliegos cerrados y los informes psicológicos que han valorado la situación. La sentencia apelada recoge todas estas circunstancias, pondera sus efectos y concluye la conveniencia de mantener la custodia en el padre, si bien amplía el régimen de visitas con la madre, con quien el menor tiene muy buena relación y cuya presencia en la vida de Álvaro indudablemente es esencial. Por lo tanto, procede desestimar la solicitud de modificación de esta medida.

GUARDA Y CUSTODIA

Corresponde atribuir la guarda y custodia de los hijos a la madre, dado que tienen menos de 4 años, sin que se haya acreditado que los mismos corran el peligro de que su madre los traslade a Rusia.

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 5 DE NOVIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Ignacio Olaso Azpiroz

El recurrente don Carlos María solicita, como primer motivo de su recurso, que se revoque la sentencia de instancia en cuanto al pronunciamiento relativo a la guarda y custodia de los dos hijos, gemelos, del matrimonio y que se le atribuya a él el ejercicio de dicha medida.

El recurso no se admite ya que la escasa edad de los niños, de menos de cuatro años en la actualidad, unido al hecho de que no se ha acreditado, ni siquiera alegado, que la cónyuge custodio desempeñe su cometido de forma inadecuada en perjuicio de los menores, aconseja mantener la medida en la forma dispuesta por el juzgado; por otro lado, el peligro invocado por el recurrente de que doña María Dolores podría aprovechar que ostenta la guarda

y custodia para ausentarse con los niños al país de origen de aquélla, Rusia y ya no volver, no responde a una situación previa en que así haya sucedido como para esperar que lo mismo pueda ocurrir en el futuro, antes al contrario, los niños han vuelto con su madre de Rusia en las ocasiones en que se han desplazado a aquel país; además, tal hipotética eventualidad es ajena a la guarda y custodia que desempeña la madre y en todo caso afectaría al ejercicio del régimen de visitas al que tiene derecho el recurrente ya que, lógicamente, no podría ejercitarlo por motivos tanto económicos como laborales si tuviera que desplazarse a Rusia cada dos semanas y en las cuatro épocas vacacionales establecidas en la sentencia; si así sucediera, él, don Carlos María

estaría facultado para ponerlo en conocimiento del juzgador para que resolviera lo procedente *ex* artículos 94 y 160 del Código Civil.

Otro motivo relacionado con el anterior es el relativo al uso y disfrute de la vivienda conyugal; como quiera que la guarda y custodia se atribuye a la madre, lo resuelto por el juzgado en relación a dicho asunto debe permanecer incólume de conformidad con el artículo 96 del Código Civil.

El recurrente solicita, como tercer motivo que, en el supuesto de mantenerse la guarda y custodia de los menores en la persona de su madre doña María Dolores, como así va a suceder, se amplíe en dos días entre semana, desde las 17 hasta las 21 horas, su derecho a visitarlos, permitiéndosele también amplia comunicación epistolar y telefónica con los niños.

Parece conveniente atender en parte a lo solicitado al objeto de estrechar aún más, dentro de lo posible y conveniente, la relación entre padre e hijos, facilitar la comunicación en euskera, etc., máxime cuando se ha acreditado que la actividad docente de aquél se realiza en horario de mañana; por tanto, se amplía el derecho de visitas del don Carlos María a un día entre semana, de 18 a 20 horas, siempre que ello no interfiera en las obligaciones escolares de los menores; día que concretarán los cónyuges de mutuo acuerdo y, caso de no ser ello posible, se señala para los miércoles; asimismo, se autoriza a don Carlos María a comunicarse con sus hijos por carta o por teléfono sin limitación alguna.

RÉGIMEN DE VISITAS

No puede obligarse a la menor a trasladarse al Punto de Encuentro de Cáceres, con más de cuatro horas de camino, por lo que sus funciones deben realizarlas los Servicios Sociales del Ayuntamiento de Navalmoral de la Mata, donde reside la menor, y donde se trasladará el padre para cumplir el régimen de visitas restringido y progresivo acordado en la sentencia.

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Francisco Bote Saavedra

En el escrito inicial del procedimiento se promovió demanda de divorcio con las medidas legales inherentes, y reconvencción por la parte contraria; pretensiones que fueron estimadas parcialmente en la sentencia de instancia, y disconforme la actora principal se alza el recurso de apelación alegando, en síntesis, error en la valoración de las pruebas, al determinar que el Punto de Encuentro Familiar donde deben hacerse la entrega de la menor a fin de dar cumplimiento al régimen de visitas del padre sea el ubicado en la ciudad de Cáceres, toda vez que, la menor, de 10 años de edad, y su madre residen en la localidad de Navalmoral de la Mata, y el padre reside en la ciudad de Mérida, por lo que no está de acuerdo que se obligue a la menor a desplazarse a la ciudad de Cáceres. Además, el padre ha demostrado que no tiene interés alguno en visitar a su hija, pues desde la sentencia de separación en el año 1995 no sólo la ha visitado en una ocasión, hasta el punto que la hija no conoce a su progenitor, ni lo reconoce como tal, ni le quiere. La menor se niega rotundamente a desplazarse a Cáceres para reunirse con su padre, además de que es imposible cumplir con el régimen establecido en sentencia, porque

los horarios de los transportes públicos existentes impiden dicho cumplimiento. Debe ser el padre quien se desplace a la localidad de residencia de la menor, que es donde tiene su residencia y sus amistades, pues además de lo indicado, es el único día que la menor tiene para descansar y estar con sus amigos, y si tuviera que desplazarse estaría todo el día de viaje. Asimismo, la apelante se encuentra en el desempleo y carece de medios económicos para sufragar los viajes de su hija y el suyo propio, pues la menor siempre tendría que viajar acompañada, máxime cuando el apelado sólo abona la cantidad mensual de 130 euros en concepto de alimentos. En segundo lugar, alega infracción del artículo 24 CE porque ni en la reconvencción ni en la contestación del Ministerio Fiscal se hace referencia alguna a Punto de Encuentro sito en la ciudad de Cáceres, constituyendo un hecho nuevo introducido en la sentencia, respecto del que no se ha podido defender. Termina solicitando la revocación parcial de la sentencia en el único particular relativo al lugar de entrega de la menor que debe ser en Navalmoral de la Mata, localidad de residencia, en el domicilio de la madre o donde el Tribunal determine.

La parte contraria se opone al recurso, solicitando la confirmación de la resolución recurrida.

Centrados los términos del recurso, como hemos visto, la única cuestión sometida a nuestra consideración se refiere al lugar o punto de encuentro donde debe hacerse entrega de la menor al padre, para que éste pueda cumplir con el régimen de visitas establecido en sentencia, que no es objeto de impugnación.

Pues bien, antes de examinar los antecedentes fácticos del caso concreto, conviene hacer una referencia respecto de la naturaleza del derecho de visitas, entendiendo la mayoría de la doctrina, a la vista del contenido de los artículos 39.3 de la Constitución Española, 94 y 160 del Código Civil, que el derecho de visita del progenitor a sus hijos no convivientes con él, y, con carácter más general, el de comunicación con los mismos, se integra, como propio derecho de la personalidad, en el ámbito del deber asistencial, de contenido puramente afectivo y extrapatrimonial, que corresponde naturalmente a los padres respecto de sus hijos.

Al respecto la Sentencia del Tribunal Supremo de fecha 30 de abril de 1991 señala que las recíprocas vinculaciones que constituyen la vida familiar pertenecen a la esfera del Derecho Natural, del que es evidentemente consecuencia ineludible la comunicabilidad que debe existir entre padres e hijos, una de cuyas manifestaciones es el derecho de los padres a ver a sus hijos menores, y ello aunque no ejerzan la patria potestad, de acuerdo con lo dispuesto por el artículo 160 del Código Civil.

Tal naturaleza determina la imposibilidad de abandono, renuncia, prescripción por no uso, de transacción y compromiso, o de delegación de su ejercicio a un tercero.

Consciente el legislador de la delicadeza de la presente materia, reacia a una minuciosa reglamentación positiva, se conforma con establecer como criterio básico para la adopción de cualquier medida que pueda afectar a los menores, el interés o la conveniencia de los mismos, interés que, como también reconoce el legislador, puede chocar con la postura o pretensión de alguno de los progenitores, abdicando el mismo o imponiendo un reto incondicionado, primándose pese a ello, en todo caso, el goce del derecho, al objeto de que, en la medida de lo posible, puedan cumplirse los fines asignados al núcleo familiar.

En este sentido el derecho de visita incluye además de la visita propiamente dicha, la comunicación y la convivencia, concediéndose al Juez la regulación de los períodos de desarrollo de ésta, frecuencia de la segunda así como lugar, modo y tiempo, expresado en fechas y horas, de práctica de la primera.

La doctrina es igualmente consciente que el ejercicio de derecho de visita, en un triple aspecto, exige una colaboración de ambos progenitores presidida por el principio de la buena fe, gravitando sobre el progenitor que tiene al menor bajo su guarda el deber de comunicar al otro los cambios de domicilio, su estado de salud, el horario de asistencia al centro educativo, sus restantes actividades extraescolares, y en general, cualquier situación de hecho que pueda impedir o dificultar su ejercicio; no pudiendo el titular del derecho, en justa correspondencia, ejercerlo de modo intempestivo, inapropiado o inadecuado a las circunstancias del caso, propiciando gastos, molestias extrañas o sacrificios no ordinarios al progenitor conviviente con el menor y al propio menor.

A la luz de lo expuesto se colige que el derecho que estudiamos no es incondicionado en su ejercicio sino subordinado exclusivamente al interés y beneficio del hijo, pues, como señala el artículo 3 de la Convención de los Derechos del Niño de 20 de noviembre de 1989, en cuantas medidas hayan de tomar los Tribunales con respecto a los menores, «la consideración primordial a que se atenderá será el interés superior del niño», estableciendo la Ley Orgánica 1/1996 de Protección Jurídica del Menor, como principio general que debe informar su aplicación que el interés superior de los menores primará sobre cualquier otro interés legítimo que pudiera concurrir.

Ahora bien, tal interés, dado su carácter genérico y difuso, debe materializarse y determinarse a través de una valoración judicial que debe tener como límites: la racionalidad en la apreciación de los hechos y la protección del bienestar espiritual y material del menor; atribuyéndose por ello al Juzgador amplias facultades discrecionales para fijar el régimen de comunicación convivencia y visitas, así como para resolver en cada caso y momento concreto lo más conveniente para el menor; siempre de manera eventual y nunca definitiva, precisamente para poder modificar la solución acordada según las cambiantes circunstancias, el modo y manera en que vayan evolucionando las relaciones parentales a virtud de la gran plasticidad de las actividades y comportamiento del ser humano, características de una realidad más rica que cualquier análisis jurídico, a la que el Juzgador debe procurar dar la solución más idónea y proporcionada a los intereses puestos en juego, primando el mantenimiento de la relación efectiva con ambos progenitores, evitando al menor, como quiere el artículo 158.3 del Código Civil, los evidentes perjuicios que se su falta se derivarían para el logro de un adecuado desarrollo de su personalidad.

Dicho lo anterior, para resolver la cuestión suscitada, debemos partir de las pruebas practicadas,

según las cuales los progenitores se separaron en el año 1995, cuando la hija común contaba con sólo dos años de edad. En dicha sentencia se estableció un amplio régimen de visitas para el padre, debiendo recoger y reintegrar a la hija en el domicilio materno, no obstante lo cual no ha hecho uso de referido derecho, hasta el punto que en los tres últimos años sólo ha visitado a la hija en una ocasión, mostrando escaso o nulo interés por la misma, hasta el punto de no comparecer a la cita que tenía concertada con el Equipo Psicosocial, no obstante haber propuesto su representación dicha prueba.

Se informa por dicho Equipo que tras la separación el padre apenas ha tenido contacto con su hija, y tal es así que no habiendo tenido la menor una relación afectiva normalizada ni regular y continuada con el padre, no tiene conciencia afectiva del mismo, es decir, no le reconoce como su padre ni le quiere. Refiere una imagen visual difusa de él. Asimismo, la madre manifiesta que no es un buen padre porque no se ha preocupado de la menor ni económica ni afectivamente, ni siquiera cuando ha tenido problemas de salud y que sólo la ha visitado cinco o seis veces en todo el tiempo posterior a la separación.

Concluye citado informe que como la menor no conoce a su padre y las malas relaciones existentes entre los progenitores aconsejan que el régimen de visitas sea progresivo y en un Punto de Encuentro Familiar, pero que los mismos se encuentran en Cáceres, Plasencia, Mérida y Badajoz, no existiendo ninguno en la localidad de Navalmoral de la Mata que es donde reside la menor y su madre, por ello en la sentencia de instancia se acuerda que para llevar a efecto el régimen de visitas progresivo, se utilice el Punto de Encuentro de Cáceres por ser

el lugar intermedio entre el domicilio de la menor y el del padre, siendo ésta la única cuestión objeto del recurso.

Pues bien, asiste razón a la parte apelante de que no es posible ni física ni económicamente obligar a la madre y a la menor a desplazarse a la ciudad de Cáceres para que el padre pueda hacer uso del derecho de visitas en el Punto de Encuentro referido, y no lo es por las razones alegadas por la apelante. Así, no se puede obligar a la menor a desplazarse a la ciudad de Cáceres desde su residencia habitual por los trastornos de todo tipo que ello conlleva, obligándola a estar de viaje más de cuatro horas el día de la visita. La madre se encuentra en desempleo y con la reducida pensión alimenticia que abona el progenitor no puede hacer frente a los gastos de transporte, e igualmente, con los horarios del transporte público no es posible cumplir el régimen de visitas acordado y no impugnado.

Por todo ello, el motivo del recurso debe estimarse, correspondiendo al padre desplazarse a Navalmoral de la Mata para hacer uso del derecho de visitas y dadas las pésimas relaciones entre los progenitores y las circunstancias antes señaladas, de las inexistentes relaciones entre padre e hija y no existiendo Punto de Encuentro en la localidad de residencia de la menor, las funciones del Punto de Encuentro deberán ser realizadas por los servicios sociales del Ayuntamiento de Navalmoral de la Mata, a quien se deberá comunicar tal circunstancia. Si dichos servicios sociales no pudieran prestar la ayuda el sábado, día señalado para las visitas, se deberá sustituir por otro día de la semana, conciliando los intereses de la menor, del progenitor y las posibilidades de dichos servicios sociales.

RÉGIMEN DE VISITAS

No se considera adecuado dejar al arbitrio de la madre la suspensión del régimen de visitas del hijo y el padre, si éste estuviera bajo los efectos del alcohol o drogas, sino que ha de acudir a la mayor prontitud al Juzgado para que ése adopte las medidas oportunas.

AP BALEARES, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 7 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Mateo Ramón Homar

En la primera instancia de este procedimiento de divorcio interpuesto por don Luis Francisco contra doña María fue objeto de controversia la atribución de la guarda y custodia del hijo menor de ambos, José Ignacio, nacido el día 4 de enero de 1991, el régimen de visitas del progenitor no custodio, y la cuantía de la pensión alimenticia a abonar por el padre a favor del menor. La sentencia de primera

instancia declara la procedencia del divorcio, atribuye la guarda y custodia del menor a la madre, fija un régimen de visitas que más adelante se reseñará, y un pensión alimenticia de 183,84 euros mensuales actualizables a abonar por el padre. Dicha resolución es impugnada por la representación del demandante en los dos últimos aspectos: pensión alimenticia y régimen de visitas, con lo cual la

controversia de esta alzada se limita a estas dos cuestiones.

Como aspecto previo es preciso reseñar que en esta alzada se atenderá a las circunstancias existentes hasta el momento en que se formalizó la oposición al recurso de apelación, y la hipotética modificación de las mismas en base a circunstancias posteriores, como por ejemplo, la incoación de un expediente disciplinario por tenencia y compra de droga por el menor en un centro escolar, deben ser objeto de otro procedimiento, dado que se considera que atendidos los principios de contradicción procesal y una mínima ordenación del proceso es inadmisibles una continua modificación de pretensiones a medida que acaecen hechos nuevos, de tal modo que el procedimiento podría demorarse en exceso y acabar tratando de hechos nuevos o circunstancias ni siquiera alegadas en los escritos de interposición y oposición, las cuales, reiteramos, podrán ser objeto de un nuevo procedimiento, o, en su caso, de las medidas que puedan acordarse en aplicación del artículo 94 del CC por el Juzgador de instancia en relación con el régimen de visitas.

En cuanto al régimen de visitas a favor del padre, de fines de semana alternos, mitad de períodos vacacionales y días entre semana con un máximo de dos mientras lo desee el menor de acuerdo con el padre, la peculiaridad del supuesto y objeto del recurso radica en la posibilidad que se ofrece a la madre de suspender el régimen de visitas, conforme al último párrafo del punto tercero del fallo, esto es, «Las visitas y estancias no tendrán lugar si el Sr. Luis Francisco estuviera bajo los efectos del alcohol o drogas al inicio o durante su desarrollo, lo cual podría considerarse como incumplimiento grave de sus obligaciones paterno filiales y dar lugar a las medidas de protección del menor que se estimen necesarias». Dicho párrafo es impugnado por la representación del padre por considerar que deja el régimen de visitas a la voluntad de la madre, al mismo tiempo que no comparte la consideración de que se haya probado la adicción al alcohol o a drogas tóxicas del padre.

El recurrente sostiene que el padre no fuma hachís y que lo sucedido es que al ser aficionado a fumar por el sistema de «liar» cigarros, el niño ha padecido un error y ha creído que fumaba hachís, cuando en realidad era tabaco, sin más. Examinando el conjunto de la prueba practicada, la Sala comparte la valoración contenida en la sentencia de instancia, y se acredita un consumo relevante de alcohol en el demandante, a la vez que fuma «porros», y ello se infiere por el hecho de que el niño lo ha relatado ante la Juzgadora de instancia, la psicóloga doña Ariadna, y la psicóloga y trabajadora social adscritas a los Juzgados de Familia; en el hecho de que en la pericial psicosocial sus

autoras apreciaron olor a alcohol en el padre; en la condena por conducción bajo la influencia de alcohol en hechos acaecidos el día 19 de julio de 2001; y en la necesidad de ser internado en una Clínica especializada en el año 1992. Aparte de ello, del contexto del interrogatorio parece inferirse que el demandante considera inofensivo el consumo de hachís aludiendo a una cuestión polémica suscitada en los medios de comunicación sobre los efectos terapéuticos de esta sustancia en relación con el dolor provocado por determinadas enfermedades. No es objeto de esta sentencia terciar en tal polémica, pero se considera negativo para un menor de 13 años la adicción a tales sustancias, o de que se fumen «porros» en su presencia, tal como acertadamente se recoge en el dictamen pericial.

No obstante tales circunstancias, el dictamen psicosocial considera positivo para el menor que el mismo mantenga un régimen de visitas estable con el padre, pero advierte del peligro que conlleva para el organismo, la educación y desarrollo del menor el consumo de tales circunstancias en presencia del mismo, y efectúa una recomendación al padre en tal sentido.

Asimismo, del contexto de lo actuado es evidente que las relaciones entre los padres pueden calificarse de malas y se han cruzado denuncias en relación con el régimen de visitas, en aspecto apuntado en la pericial psicosocial como un problema que provoca mucha preocupación en el menor, de modo que ante el conflicto de lealtades intenta contentar a todos aun a costa de sí mismo. Ante tal situación de tensiones y malas relaciones, es sumamente difícil arbitrar un medio que permita a la madre no entregar al menor al inicio de un período de régimen de visitas o suspenderlo durante su desarrollo, cuando aprecie que se halle bajo la influencia de bebidas alcohólicas o los efectos de consumo de hachís. En la sentencia con el párrafo ahora objeto de recurso, de hecho se deja el régimen de visitas al arbitrio de la madre, que podrá suspenderlo a su voluntad en cualquier momento, lo cual, lógicamente en un contexto de enfrentamiento, provoca la duda de que tal decisión pueda obedecer a motivos espurios, o, en otras palabras, evitar decisiones injustificadas sobre este particular, quizás realizadas sin mala intención. Por otra parte, son comprensibles los temores que puedan producirse en la madre si aprecia en el momento de la entrega del menor que el padre se halla bajo los efectos de la alcoholemia o consumo de hachís y deba conducir un vehículo en el que será usuario el menor; y son impredecibles las circunstancias que puedan producirse en el futuro, las cuales obviamente, deberían ser objeto de las oportunas peticiones.

Ante tal situación, la Sala considera que en un contexto de enfrentamiento entre los progenitores,

el dejar el régimen de visitas al arbitrio de la madre es susceptible de provocar múltiples conflictos, y debe estimarse dicho aspecto del recurso, resaltando que la madre si aprecia la existencia de tales situaciones debe acudir a la mayor prontitud al Juzgado de instancia, a fin de que se adopten las medidas oportunas conforme al artículo 94 del Código Civil, proporcionadas a la situación surgida, que en los momentos actuales es muy difícil predecir, pero se estima que debe ser el Juzgador quien decida una eventual suspensión, siquiera sea provisionalmente y en espera de la audiencia de la contraparte, lo cual es preferible a la alternativa de dejar al arbitrio de la madre la suspensión unilateral del régimen de visitas, que encresparía todavía más la tensa relación entre los progenitores.

En otro aspecto del controvertido párrafo de la sentencia se efectúa una advertencia a fin de que el padre cese en el futuro en el consumo de alcohol o drogas en presencia del menor, y transcribe una parte del artículo 94 del Código Civil, en advertencia que se estima concorde con las conclusiones del dictamen psicosocial obrante en las actuaciones, con lo cual se estima que el mismo es ajustado a derecho, incluso una suspensión provisional, si bien, como antes se ha reseñado, la suspensión deberá ser acordada siquiera sea con carácter urgente por el Juzgado de Familia, y no unilateralmente por la madre.

En consecuencia, se estima parcialmente dicho motivo del recurso.

RÉGIMEN DE VISITAS

Procede reducir el régimen de visitas en lo que al período vacacional se refiere dado el desinterés mostrado por el padre en relacionarse con el hijo.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Soledad Jurado Rodríguez

Constituye el objeto del recurso el derecho de visitas otorgado al progenitor no custodio con la hija menor —de tres años de edad en el momento de dictarse esa resolución— pues frente al fijado en la sentencia de instancia a través de una incorrecta remisión al acordado en auto de 20 de mayo de 2003, interesa la apelante que se suprima la estancia de la menor durante las vacaciones limitándose las visitas durante todo el año a fines de semana alternos sin que pernocte la niña con su padre, sistema este que, con revocación del fijado en la sentencia recurrida, procede acordarse en esta instancia, pues si bien en un principio, en el acto de comparecencia para la adopción de medidas cautelares celebrada el 20 de mayo de 2003, hubo un acuerdo entre los progenitores sobre el régimen de visitas, dicho acuerdo quedó sin efecto cuando ya el 28 de mayo la ahora apelante ponía de manifiesto el incumplimiento de tal régimen por el padre de la niña, lo que fue reconocido por éste alegando excusas que no justifican el hecho de no haber recogido a la niña el primer fin de semana que le correspondía, actitud por parte del progenitor no custodio que esta Sala considera de pasividad e indiferencia por parte del mismo hacia lo que sea más beneficioso para la

hija menor, calificación que se ve corroborada por el hecho de que el mismo, con pleno conocimiento de los intereses en juego en esta *litis*, se constituya en paradero desconocido, lo que aconseja que el régimen de visitas con la menor, y por el bien de ésta, deba ser restringido a los límites propuestos por la apelada en la forma que se dirá en la parte dispositiva de esta sentencia, pudiendo acentuarse el tiempo que el padre pase en compañía de la hija, o disminuyendo e, incluso eliminando por completo esas visitas y convivencia si el superior interés de la niña así lo aconsejara, teniendo reiterado esta Sala que si bien al progenitor que no tenga consigo a los hijos menores se le atribuye el llamado derecho de visitas, este derecho no es absoluto sino que su ejercicio está supeditado al reiterado principio del interés del menor, en consecuencia, no se trata de una medida rígida sino que en su establecimiento, modificación, limitación, suspensión e, incluso, denegación, habrá de tenerse en cuenta más que en ningún otro caso de los sometidos a los Tribunales, las circunstancias que en él y en los afectados concurran.

RÉGIMEN DE VISITAS

No procede fijar régimen de visitas dada la actitud violenta del padre respecto de su familia que dio lugar a actuaciones penales, encontrándose actualmente ingresado en prisión. Sin perjuicio de ello se acuerda el seguimiento de la situación familiar y la elaboración de un informe por el SATAV sobre la conveniencia de su fijación.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 3 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Miguel Julián Collado Nuño

La Sentencia de 15 de julio de 2003 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 15 de Barcelona en el curso de los autos de divorcio núm. 432/2002 estimaba la demanda interpuesta por María Dolores contra Pedro Miguel declarando la disolución del matrimonio celebrado entre ambos con los efectos inherentes a dicha declaración mientras que, por otro lado, atribuía la guarda y custodia de los hijos menores de ambos Marco Antonio y Tomás a la madre mientras que, en atención a las circunstancias relativas al carácter violento del padre, su situación de ingreso en prisión y la edad de los menores, no se fijó un régimen de visitas regular en favor del padre sino que se encomendó al SATAV el seguimiento de la situación familiar descrita y la elaboración de un informe sobre la conveniencia de establecer un régimen de comunicación de los hijos con el padre.

Frente a esta resolución se alza Pedro Miguel al considerar injustificado que no se fije a su favor un régimen de visitas, aceptando la conflictiva situación existente entre los esposos pero negando que en modo alguno ésta alcanzara a los menores, solicitando el establecimiento de uno limitado, atendida la situación personal del recurrente, a sábados y domingos alternos de 10 a 20 horas y, en tanto permanezca privado de libertad, en el punto de encuentro. La apelada, María Dolores, por su parte, interesó la confirmación de la sentencia de instancia, entendiendo que ha resultado justificado en autos el carácter y conducta agresivos del padre respecto de su familia, de lo que extrae lo adecuado

del régimen prevenido en la sentencia de instancia. Finalmente el Ministerio Fiscal interesó la confirmación de la sentencia en los términos actuales.

Comprobamos en el examen de la prueba aportada en autos y convenientemente destacada en la resolución recurrida cómo el apelante ha mostrado además una actuación violenta respecto de su familia que dio lugar a las actuaciones penales contra el mismo, igualmente en dicha resolución se expresan las circunstancias atinentes a los menores afectados, de los cuales, uno, apenas conoce a su padre en tanto que el otro sigue tratamiento psicológico al encontrarse afectado por la conflictividad existente en el seno de su familia, habiéndose evidenciado ansiedad en el mismo ante la idea de encontrarse con su progenitor, el cual se encuentra ingresado en prisión en el momento de interponerse el recurso. Dicha situación resulta adecuadamente examinada en la sentencia de instancia y aun mejor resuelta a través de la decisión ahora discutida, en la que, no olvidemos, no se priva al recurrente de su derecho de relación con sus hijos sino que, en atención al interés de éstos, se acuerda el seguimiento de la situación familiar y la elaboración de informe por parte del SATAV sobre la conveniencia de su fijación, decisión que, atendida la edad de los menores y su interés, criterio principal que debe guiar esta materia, aparece absolutamente aconsejable sin perjuicio de que, siempre que las circunstancias, y muy especialmente, la conducta del apelante, lo aconsejen, se pueda determinar un régimen futuro bajo supervisión judicial.

RÉGIMEN DE VISITAS

Procede excluir del régimen de visitas la pernocta, al carecer de un alojamiento con condiciones idóneas para el descendiente.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don José Ángel Chamorro Valdés

Sentada la doctrina anterior hay que considerar que el régimen de visitas fijado en la sentencia de instancia que excluye de momento la pernocta es adecuado a Derecho, ya que no consta que el demandado disponga de un alojamiento con condiciones idóneas para el descendiente, así en la contestación a la demanda se manifiesta (alegación cuarta y undécima) que ha dormido en pensiones y que incluso ha pernoctado en la calle, reiterándose en el escrito de formalización

del recurso de apelación (alegación segunda) que reside en pensiones y que en más de una ocasión se ha encontrado durmiendo en la calle a lo largo del proceso.

Por lo tanto la pretensión de la parte apelante en esta materia debe ser rechazada y ello sin perjuicio de que se realice la ampliación del régimen de visitas cuando el demandado demuestre que disponga de una morada que reúna los requisitos indispensables para el bienestar del menor.

RÉGIMEN DE VISITAS

No procede fijar régimen de visitas cuando los hijos tienen una percepción totalmente negativa del padre como referente de malos tratos y humillaciones.

AP LAS PALMAS, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 8 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Rosalía Mercedes Fernández Alaya

Debe notarse en primer término que, como se refleja en la sentencia recurrida, la cuestión esencial del presente procedimiento gira en torno a la determinación del régimen de guarda y custodia relativo a los menores hijos de los litigantes, Jesús Luis y Matías, nacidos el 13 de octubre de 1990. De hecho, en el escrito de preparación del presente recurso de apelación, el propio recurrente expresa que el pronunciamiento que se impugnará lo es exclusivamente el relativo a la fijación de las medidas de guarda y custodia; sorprende consecuentemente que en la formalización del recurso se afirme después que el punto básico de discrepancia radica en la ausencia de fijación de un régimen de visitas o comunicación y que la única y simple petición del recurrente fue la de poder contactar telefónicamente con sus hijos.

Aun considerando que las alegaciones del apelante pueden tener cabida en la impugnación anunciada habida cuenta que la atribución de la guarda

y custodia a uno de los progenitores en casos de separación y divorcio implica la correlativa determinación de un régimen de visitas y comunicación a favor del progenitor no custodio, salvo circunstancias de entidad tal que lo desaconsejen (artículo 94 CC), en cualquier caso este Tribunal no puede más que aceptar el criterio adoptado en la instancia que plenamente se comparte. Y ello, porque la prueba practicada en autos es determinante, en especial el detallado informe psico-social obrante en las actuaciones, cuyas conclusiones esenciales se reflejan en la sentencia recurrida dándose aquí por reproducidas para evitar innecesarias repeticiones en lo que respecta sobre todo a la personalidad de ambos progenitores y de los menores, la evolución de éstos, la adaptación de todos ellos.

No puede olvidarse el principio básico y fundamental del *favor filii*, que prima en esta materia de medidas relativas a los hijos. Este principio, reconocido en la Convención de los Derechos del

niño de la ONU, elevado en nuestro Derecho a rango constitucional (artículo 39 CE) y sancionado en nuestra legislación en la Ley del Menor (LO 1/1996, de 15 de enero) y en diversos preceptos del Código Civil, constituye un criterio teleológico de interpretación normativa que obliga a procurar, ante todo, el beneficio o interés de los hijos en orden a la satisfacción de sus derechos legalmente reconocidos, por encima de los legítimos intereses de sus progenitores (SSTS de 2 de mayo de 1983, 14 de mayo de 1987, 12 de febrero de 1992; STS AP de Castellón de 3 de mayo de 1994, AP Toledo de 17 de septiembre de 1998). En este caso, la adecuada evolución y desarrollo emocional de los menores,

teniendo en cuenta las circunstancias concretas reflejadas en la sentencia recurrida (percepción totalmente negativa del padre como referente de malos tratos y humillaciones, alejamiento afectivo existente y distanciamiento geográfico) imponen suspender por el momento cualquier régimen de visitas y comunicación, incluso telefónica, pues una imposición en tal sentido sin duda alguna contribuiría a desestabilizarlos emocionalmente causándoles graves daños psicológicos, salvo que pudieren establecerse encuentros programados y controlados entre el padre y los hijos, como se apunta igualmente en la fundamentación jurídica de la propia sentencia apelada.

RÉGIMEN DE VISITAS

No procede un régimen de estancias del menor con el progenitor no custodio que sea desproporcionado en cuanto que prive al progenitor custodio de estar con su hijo en los períodos vacacionales.

AP NAVARRA, SEC. 2.^a, SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Francisco José Goyena Salgado

La parte apelante, tras la modificación introducida en la Vista de la primera instancia, pretende un régimen de visitas consistente en la totalidad de las vacaciones de Navidad, Semana Santa y Verano, así como un fin de semana al mes, que serían fines de semana alternos si las visitas pudieran desarrollarse en Madrid.

Tal régimen de visitas, desestimado en la instancia, debe ser igualmente rechazado en esta alzada, por no obedecer a ninguna razón que justifique tal desproporción, que priva a uno de los progenitores de estar con el hijo, aunque sea el que tenga la guarda y custodia, en los períodos lúdicos, en los que cabe desarrollar una serie de

actividades distintas de las que procede realizar en los períodos lectivos del hijo. Lo desproporcionado de la petición llevaría por su irracionalidad a su desestimación.

Entendemos que el régimen de visitas que fija la sentencia de instancia, respetando con una mínima modificación, el acordado voluntariamente en su momento por los padres, es más racional y ajustado a las necesidades de relación del hijo no sólo con el padre, que no tiene la guarda y custodia, sino también con la madre, que si bien tiene dicha guarda y custodia, también tiene derecho a relacionarse con su hijo en los citados períodos lúdicos, tanto del hijo como de la madre.

RÉGIMEN DE VISITAS

Debe mantenerse que el régimen de visitas se realice en el punto de encuentro a fin de que la situación de enfrentamiento entre los progenitores no impida la adecuada relación del menor con su padre.

AP GUIPÚZCOA, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 22 DE NOVIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Juana María Unane Arratibel

En el caso concreto, si bien la patria potestad del menor corresponde a ambos progenitores, la resolución recurrida atribuye la guarda y custodia a la madre y en cuanto al régimen de visitas lo limita en atención a los conflictos que ha surgido entre los progenitores tras la separación y que han incidido en la situación del menor, lo que deberá de ponerse en íntima conexión con las peticiones efectuadas en el suplico del recurso que en esta materia se limitan únicamente a la solicitud de que se amplíe el régimen de vistas entre el menor y el apelante.

La existencia de los mencionados conflictos se ha evidenciado de la documental que acompaña a la demanda, relativa a denuncias y el dictado de orden de protección, circunstancias que como se recoge en el informe del equipo psicosocial han afectado, han producido una confusión entre el rol parental y de pareja, habiendo vivido y presenciado el menor altercados entre los padres y aun cuando no se ha podido concluir que haya existido mal trato hacia el menor, sí se ha podido hablar de conducta negligente y poco adaptada a las características del menor del comportamiento del padre, que estaría más relacionado con características de descontrol, descarga impulsiva o con problemas derivados del consumo de alcohol (folio 103), en concreto, se habla de un incidente con un cigarro, por lo que se recomendó que se mantuviera el régimen de visitas supervisado en un punto de encuentro.

En informe del punto de encuentro de fecha 13 de mayo de 2004 que informa:

- Que las visitas tuteladas de David con su padre se cumplen con regularidad desde el mes de enero de 2004, fecha de inicio de las visitas en el punto de encuentro, hasta la fecha de hoy.

- Que se ha observado la evolución positiva de las visitas tuteladas por los distintos profesionales que intervienen en las mismas.

- En dichas visitas supervisadas no se ha registrado ninguna situación de riesgo. Se observa, en general, una buena relación entre padre e hijo, permitiendo al menor expresar sus sentimientos y necesidades. En ocasiones, David y su padre durante la hora de visita salen fuera del centro, siempre con la supervisión de profesionales del P.E.F. y hasta el momento no se ha producido ninguna dificultad en estas salidas (folio 134).

Posteriormente, con fecha 15 de junio de 2004, folio 174, se emite informe por el punto de encuentro en que se reitera lo señalado en el anterior y que hay una buena relación entre padre e hijo y no se ha registrado ninguna situación de riesgo.

Además, el apelante, aun cuando en el informe psicosocial se recoge que niega tener problemas con el alcohol, sí reconoce que le han retirado en dos ocasiones el carné de conducir por dicha ingesta y que ha tenido un incidente en el trabajo de subida de azúcar por consumo excesivo de alcohol.

La conjunción de estas circunstancias con la situación de enfrentamiento de los progenitores incide de manera fundamental para que en aras a salvaguardar el interés del menor y que la interacción entre el menor y su padre se efectúe en adecuadas condiciones, dado que el menor en un contexto de protección se muestra contento y mantiene una interacción espontánea y adecuada con el padre ajenas a situaciones de ansiedad y de conflicto de los padres, hacen que deba entenderse adecuado y correcto el régimen de visitas establecido en la resolución recurrida y que el mismo deba mantenerse en los mismos términos.

Régimen de visitas que es, por otro lado, compatible con el ejercicio en los términos del artículo 156 del Código Civil de la patria potestad por ambos progenitores y en la adopción de decisiones conjuntas respecto a las cuestiones que afectan al menor o en su caso, acudir a la vía del artículo 159 del Código Civil.

VIVIENDA FAMILIAR

Se modifica el uso de la vivienda que fue familiar a favor del esposo, por falta de utilización por la esposa e hijas, no siendo procedente la atribución a éstas para usarla sólo en temporadas o fines de semana.

AP LEÓN, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 3 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Agustín Pedro Lobejón Martínez

La actora reconvenida comienza por impugnar la atribución a quien fue su esposo del piso sito en la ciudad de La Bañeza donde se había desarrollado la convivencia conyugal previa a la separación decretada en la sentencia de 21 de junio de 2000, que a su vez aprobaba el convenio regulador. En este documento se preveía (cláusula tercera y otras) que la esposa y las dos hijas (hoy de 14 y 12 años de edad) tendrían el uso de la vivienda.

En el extremo 4.º del «suplico» inicial, la demandante pedía mantener la situación fijada. Esta cuestión ha sido debatida en los escritos de demanda reconventional y contestación a ésta (presentados el 13 de marzo y el 4 de abril de 2003, respectivamente). La actora, que reside en otra Comunidad Autónoma, desea seguir usando el inmueble en las temporadas y fines de semana (ambos sin determinar) que está en La Bañeza. La vivienda fue adjudicada por mitades pro indivisas, con una previsión resolutoria específica («hasta que las hijas menores del matrimonio hayan finalizado sus estudios o sean independientes de sus padres») de continuación del régimen de comunidad.

Nos parece acertado el criterio que plasma el Juez de instancia en el ordinal sexto de la resolución apelada. Se da un cambio de circunstancias muy relevante y un interés protegible distinto: en síntesis, la actora apelante y las hijas comunes de los litigantes regresen de forma esporádica a la repetida ciudad, mientras que el demandado reconviniente se ve abocado a tomar en arrendamiento otra vivienda en la misma población, con la consiguiente pérdida de recurso. Así las cosas, en tanto las hijas no alcancen la referida independencia y salvo un hipotético regreso del núcleo familiar que podría justificar un nuevo cambio en el uso, debe mantenerse lo acordado en la sentencia.

La sociedad de gananciales disuelta *ipso iure* por la separación judicial (artículo 1392.3 del Código Civil) fue objeto de una liquidación en la propuesta de convenio, donde se previó tanto el pago de la deuda bancaria que representaba el pasivo como la adjudicación de bienes concretos a los partícipes, lo que incluye los distintos elementos del mobiliario.

Ahora la sentencia establece que doña Asunción puede retirar desde este mismo momento, si no lo ha hecho ya, los objetos y efectos personales y de su exclusiva pertenencia, previo inventario, tanto de lo que permanezca en la vivienda como de lo que extraiga.

La apelante cuestiona el que se haya asignado el mobiliario y ajuar doméstico al demandado. Conserva, sin duda, la facultad de pedir que se ejecute la liquidación (parece ser que no hubo entrega de muebles, quizá porque ella siguió viviendo en la casa) y retirar todo lo que le pertenece, a menos que le interese dejarlo allí temporalmente con vistas a un supuesto regreso, pero el recurso en este punto debe prosperar.

Aunque la cuestión de las prestaciones semestrales no se mencionaba específicamente en el escrito de anuncio o preparación del recurso de 24 de noviembre (artículo 457.2 LEC), consideramos que es improcedente hacer una interpretación rígida y tan formalista que vede el examen de si han de subsistir unos pagos ya previstos en el convenio, que en la demanda se pide continúen (punto 5.º *in fine* de la petición) y sobre los que nada se resuelve en el correlativo de la sentencia, siendo procedente tal continuidad, toda vez que el posible detrimento en la capacidad económica del obligado se compensa al dejar de ser necesario un importante gasto anual por alquiler de otra vivienda.

VIVIENDA FAMILIAR

La segunda vivienda debe considerarse domicilio familiar.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Soledad Jurado Rodríguez

Como segundo motivo impugnatorio la recurrente interesa que se suprima la atribución del uso de la casa sita en c/ [...] de la localidad de Totalán a don José Luis aduciendo que la misma es privativa de la esposa y no tiene el carácter de domicilio habitual, motivo que tampoco puede prosperar porque, en primer lugar, desde el prisma establecido en el artículo 96 del Código Civil, el domicilio familiar viene constreñido al inmueble que constituye la sede de la vida familiar con la específica finalidad de satisfacer sus necesidades cotidianas de alojamiento, y desde este punto de vista la denominada segunda vivienda sin duda alguna ha de conside-

rarse domicilio familiar pues aun cuando su uso se limite a los fines de semana y tiempo de vacaciones, pues ésa es su finalidad, continúa contemplándose como un bien adscrito al servicio del conjunto familiar, y siendo esto así, resulta que las respectivas viviendas privativas de cada uno de los esposos estaban destinadas a domicilio familiar, por lo que habiéndosele atribuido a la esposa y a sus hijos la sita en Málaga, bien privativo del esposo, parece lo más adecuado atribuir al esposo el uso de la vivienda sita en Totalán sobre todo porque ello redundará en definitiva en beneficio de los menores en el tiempo que pasen en compañía de su padre.

VIVIENDA FAMILIAR

No procede atribuir el uso de la vivienda familiar al esposo y a la hija ya que no residen en la ciudad donde se ubica aquélla, siendo indiferente que, como manifiesta aquél, la residencia actual en otra ciudad sea meramente provisional.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 25 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Carlos Piñol Rodríguez

La sentencia atribuye la guarda y custodia de Ariadna y Ángeles a la madre y Serafina al padre, al cual se atribuye el uso de la vivienda conyugal y no concede prestación de alimentos ni pensión compensatoria. Interpone recurso de apelación doña Ariadna, cuestionando el uso y disfrute del domicilio conyugal sito en la localidad de Cantillana; esa decisión se razona en la sentencia, básicamente porque en la actualidad la recurrente no vive en Cantillana,

sino en Bobadilla, estamos ante un decisión razonada pues y aunque según refiere el hecho de no vivir en Cantillana es provisional, queda constatado que en estos momentos no reside en esa localidad, y ante esa situación, no resulta lógico atribuirle a ella el uso de la vivienda, la cual no se usaría, y tampoco se conoce cuánto es el período en el que se puede mantener la residencia fuera de Cantillana; por lo tanto esta pretensión debe ser rechazada.

VIVIENDA FAMILIAR

Queda fuera de la previsión contenida en el artículo 76.3.a) del Código de Familia de Cataluña el pretender que se declare la procedencia del uso compartido de una vivienda no familiar.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

El artículo 96 del Código Civil no se refiere a pronunciamiento relativo a segundas residencias familiares de los cónyuges, sino tan sólo al domicilio que constituyó el domicilio conyugal, antes de la cesión o ruptura de la convivencia.

El Código de Familia de Cataluña de 15 de julio de 1998, sí determina en el artículo 76.3.a) de la posibilidad, sí es de procedencia en el caso enjuiciado de atribuir también el uso de otras residencias que no constituyan el hogar familiar.

Sentada tal consideración, no procede acceder, en el caso de autos, a la pretensión de la parte accionante, referida a que se declare el uso compartido del inmueble de Segur de Calafell y de la plaza de aparcamiento, de propiedad de ambas partes, en régimen de condominio, hasta que se produzca el cese de la situación de indivisión.

Tal solicitud, queda fuera del ámbito del artículo 76.3.a) del Código de Familia de Cataluña, por

cuanto no se trata de conceder el uso a uno de los cónyuges de residencia no familiar, sino de declarar la procedencia del uso compartido, lo que sin duda excede del tenor literal del precepto, y resulta plenamente innecesario, dado que en el régimen de comunidad de bienes de los artículos 392 y siguientes del Código Civil, se reconoce en el artículo 394 el derecho de cada condueño de usar de las cosas comunes en su integridad, sin perjudicar el interés de la comunidad.

Cualquier controversia sobre tal cuestión de la utilización conjunta, o el impedimento al ejercicio de tal derecho por parte de un condominio, frente a otro, antes del cese del régimen de condominio, deberá ser suscitada en el proceso declarativo que corresponda, y en consecuencia al margen del presente juicio matrimonial. Al entenderlo así la sentencia apelada, procede también confirmar tal pronunciamiento jurídico.

VIVIENDA FAMILIAR

Los gastos ordinarios de la vivienda, incluso el impuesto inmobiliario y la contribución a los gastos de comunidad de propietarios, son de cargo, a falta de previsión expresa en la sentencia de separación, del cónyuge al que se atribuye el uso exclusivo.

AP MÁLAGA, SEC. 7.ª, SENTENCIA DE 16 DE JULIO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Mariano Santos Peñalver

Es criterio doctrinal y jurisprudencial admitido el de que durante el período intermedio entre la disolución de la sociedad de gananciales y la definitiva liquidación de la misma surge una comunidad posmatrimonial sobre la antigua masa ganancial, cuyo régimen ya no puede ser el de la sociedad de gananciales, sino el del cualquier conjunto de bienes en cotitularidad ordinaria. De aquí, como indica la

Sentencia del Tribunal Supremo de 29 de Junio de 2000 que el inventario corresponderá a los bienes y derechos existentes a la fecha de la disolución de la sociedad de gananciales, y así lo expresa clara y terminantemente el núm. 1 del artículo 1397 del Código Civil, que establece que se comprenderán en el inventario los bienes gananciales existentes en el momento de la disolución, por lo que es claro,

que cualquiera que sea la fecha de la confección del inventario, el contenido del mismo se retrotrae a la fecha de la disolución de la sociedad. Que en el caso de autos viene representada por la de firmeza de la Sentencia de separación conyugal.

De otro lado, los gastos ordinarios de la vivienda, incluso el impuesto inmobiliario y la contribu-

ción a los gastos de comunidad de propietarios, son de cargo, a falta de previsión expresa en la sentencia de separación, del cónyuge al que se atribuye el uso exclusivo.

Los criterios anteriormente expuestos conllevarán a la confirmación de la sentencia de instancia por sus propios argumentos.

VIVIENDA FAMILIAR

Se limita temporalmente a cinco años el uso de una vivienda que se concede a la esposa y a las hijas bajo su custodia, dado que dicho inmueble nunca ha constituido el domicilio familiar, ya que fue adquirido tras la separación.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 26 DE JULIO DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Ana María García Esquius

El primer motivo de apelación invocado por la parte apelante Sra. Carmen lo constituye su disconformidad con la limitación temporal al uso de la vivienda, dada la edad de los menores y la situación de necesidad de la esposa.

Conforme a lo que dispone el artículo 83 del vigente Codi de Família de Catalunya, aprobado por Llei 9/1998, de 15 de julio, a falta de acuerdo entre los cónyuges, si hay hijos el uso se atribuirá preferentemente al cónyuge que tenga atribuida la guarda mientras dure ésta, lo que debe ser interpretado no en sentido estricto y literal, sino en la forma más acorde al resto del articulado en que se contienen las normas que regulan los efectos de la separación, la nulidad o el divorcio matrimonial.

En concreto, el artículo 76.3.a) del Código de Familia dice que entre otras medidas se acordarán la de atribución del uso de la vivienda familiar, pero en apartados precedentes del mismo precepto, i.e) y 2, también dice que se regulará la cantidad que por el concepto de alimentos de los hijos, corresponde pagar al padre o a la madre y que si hay hijos mayores de edad que convivan con uno de los progenitores y que no tengan ingresos propios, se han de fijar los alimentos que corresponden en los términos que establece el artículo 259. Si dentro del concepto alimentos, según este artículo 259 se han de entender comprendidos los gastos necesarios no sólo para la alimentación y formación del hijo hasta que finalice ésta, sino también los ocasionados por la «habitación» en el sentido de lugar en que vivir. Por lo tanto, subsistiendo la obligación del padre de contribuir a los alimentos del hijo hasta que ha-

finalizado su período de formación, y satisfacer las necesidades «habitacionales», forzoso es concluir que no puede limitarse temporalmente el uso de la vivienda en unos cinco años cuando los hijos, a día de hoy, son todavía menores de edad.

Sin embargo, todos estos razonamientos serían aplicables de discutirse el uso de la vivienda que hubiera tenido el carácter de vivienda familiar con anterioridad a la ruptura de la convivencia y en el presente caso, como acertadamente aprecia la juzgadora de instancia, el supuesto es otro.

Los litigantes se encuentran separados desde el año 1994, la vivienda cuyo uso se reclama fue adquirida con posterioridad a la separación, el 9 de agosto de 1999. De hecho, en el Convenio regulador de la separación se designa como domicilio el de Castellbisbal, ..., núm. ... (folios 16 a 18) y en ese convenio no se efectuaba atribución a los hijos y a la esposa de la vivienda, sino al esposo. En la demanda de divorcio la apelante Sra. Carmen no pidió que le fuera atribuido el uso de la vivienda de Martorell, c/ [...] núm. NÚM001, NÚM002 NÚM003, que es la vivienda litigiosa, ni tampoco el uso de ninguna otra sino la «división» de la misma y en el acto del juicio, renunció a la acción de petición de división solicitando su atribución, pretensión impugnada por la parte contraria. Es precisamente por la concurrencia de todas estas circunstancias que el juzgador, razonablemente, limita temporalmente el uso de una vivienda que ni ha sido ni fue domicilio familiar.

VIVIENDA FAMILIAR

No cabe atribuir el uso de una vivienda que no tiene el carácter de familiar, al haberlo perdido por el transcurso de seis años desde que la esposa y los hijos lo abandonaron para residir en otra vivienda en la misma ciudad.

AP LAS PALMAS, SEC. 4.^a, SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Víctor Manuel Martín Calvo

Frente a la resolución que acuerda la disolución del matrimonio de los litigantes por divorcio y establece las correspondientes medidas complementarias se alza el demandado, rebelde en la instancia, pretendiendo se deje sin efecto la medida relativa a la atribución de la vivienda efectuada en la sentencia apelada.

El recurso debe necesariamente prosperar. En efecto, la atribución de uso que autoriza el artículo 96 del Código Civil lo es respecto a la «vivienda familiar» y tiene como fundamento, habiendo hijos menores, proteger el derecho de habitación de los mismos. Ciertamente en el supuesto enjuiciado existen hijos menores de edad que debieran ser los beneficiarios de tal atribución; sin embargo no puede afirmarse que la vivienda en la que a fecha de interposición de la demanda habitaba el deman-

dado y cuya atribución a favor de la actora e hijos efectúa la sentencia apelada sea «familiar» y es que tal carácter se perdió por el transcurso del tiempo al no haber servido de morada familiar desde los seis años inmediatamente anteriores a la presentación de la demanda, tiempo en el que tales menores convivieron en compañía materna en otro inmueble en distinta población. En suma, no gozando del carácter de «vivienda familiar», aunque anteriormente lo hubiera tenido, el inmueble en el que habita el demandado y estando cubiertas las necesidades de alojamiento de los menores no procedía hacer declaración alguna al respecto.

Por lo expuesto, procede estimar el recurso y revocar la resolución de instancia dejando sin efecto el pronunciamiento relativo a la atribución de uso de la vivienda familiar.

VIVIENDA FAMILIAR

Atribuido el uso de la vivienda a la ex cónyuge, no procede fijar un plazo de duración cuando no existe perspectiva de que la beneficiaria se pueda procurar otra vivienda, dadas las circunstancias concurrentes en ella al carecer de trabajo y de recursos económicos y al contar con 52 años.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Valdivieso Polaino

Se discute en segundo lugar lo relativo al uso y disfrute de la vivienda familiar, pues el Juzgado acordó extinguir la atribución del uso a favor de los hijos y limitar el de la ex esposa a sólo 3 años, mostrándose en desacuerdo la apelante con la denegación del uso al hijo Marcelino y con la limitación temporal en cuanto a la ex esposa.

Por lo que se refiere al hijo, el criterio del Juzgado ha de mantenerse porque en la legislación catalana, que es la aplicable dada la vecindad civil de ambos litigantes (artículo 107 del Código Civil), el uso de la vivienda familiar no se atribuye a los

hijos sino al cónyuge o ex cónyuge (artículo 83 del Código de Familia), a diferencia de lo que sucede en el ámbito del Código Civil (artículo 96).

Mas en lo que concierne a la ex esposa no estamos de acuerdo con el criterio de la Juez, que apela al carácter temporal de la atribución del uso que señala el artículo 83 del Código de Familia. Las sentencias del Tribunal Superior de Justicia de Catalunya de 22 de septiembre y 6 de noviembre de 2003 y de 18 de marzo de 2004 indican que la disposición legal no impide que se fije una duración por tiempo indefinido cuando no se aprecia que vaya a

haber un cambio de circunstancias en un plazo de tiempo determinado. Ése es el criterio que repetidamente viene manteniendo esta sección, que ha señalado muchas veces que cuando la ley habla del carácter temporal lo hace por contraposición a la atribución con carácter perpetuo. El plazo tiene sentido que se establezca cuando existe una perspectiva de que, en un tiempo determinado, el beneficiario podrá procurarse una vivienda, mas no cuando dicha perspectiva no se da en absoluto, como aquí ocurre, puesto que doña Maite no tiene trabajo ni recursos económicos significativos y

cuenta con 52 años, de manera que su situación de mayor necesidad respecto a su esposo es evidente pues éste, además de tener un trabajo estable y otro de índole liberal, dispone de una vivienda en esta ciudad de Barcelona.

Así las cosas lo indicado no es que se fije un plazo y se remita a la ex esposa a un proceso de petición de prórroga de ese plazo sino que, como no hay ninguna perspectiva realista de cambio, lo que procede es que la carga de entablar un proceso si se produce algún cambio corresponda al ex esposo.

VIVIENDA FAMILIAR

Procede extinguir el derecho de uso de la vivienda propiedad exclusiva del esposo por incumplimiento de la beneficiaria de la obligación asumida en su día en el convenio regulador de no mantener ninguna convivencia con tercero en dicho inmueble.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 6 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Montserrat Nebrera González

La apelación reitera los argumentos que fueron rechazados en la primera instancia en cuanto a la circunstancia situacional de la esposa. De los diversos informes emitidos por los profesionales de la investigación se desprende con claridad, a juicio del apelante, que la relación existente entre la esposa y el Sr. Iván es una relación de convivencia estable en la vivienda que es objeto de litigio, y que por tanto, la condición establecida en el convenio de separación para que la esposa se mantuviese en la vivienda, que es de titularidad exclusiva del marido, hasta el 31 de enero del año 2006, ya no se cumple.

En su momento la sentencia de divorcio no reconoció suficientemente acreditada la relación *more uxorio* entre las partes, aunque lo cierto es que no se pronuncia el fallo sobre este particular, ya que no fue pedido por el esposo en razón de la existencia de los hijos del matrimonio conviviendo con la madre. Sin embargo, dos datos nuevos inciden directamente en este proceso, determinando una decisión distinta, y por ello contraria a la adoptada en primera instancia, que sí se refiere única y directamente a esta cuestión, pues es ahora la pretensión del actor acabar con el uso de la vivienda por parte de la esposa.

En efecto, el actor plantea en realidad no sólo que la convivencia de su esposa con don Iván es la de una pareja maritalmente unida, sino que además las condiciones pactadas entre ellos en el convenio de separación eran aún más estrictas: «convivencia

derivada de la unión de cualquier forma y clase que fuera con otra persona», tal es la dicción del convenio para describir la situación que extinguiría el derecho de uso, puede venir determinada no sólo por la convivencia marital, sino también por otras modalidades inespecíficas de compartir con tercero la vivienda objeto de litigio.

A este respecto la consideración del convenio como vinculante para las partes en aquellas materias que pueden ser objeto de libre disposición por los contratantes, como es entre otras, el uso de la vivienda conyugal, permite el análisis de la situación presente a través no sólo de los informes confidenciales ya aportados en el momento en que fue dictada la sentencia de divorcio, sino también por el nuevo aportado ahora por el actor y apelante. Los antiguos, por plantearse ahora como *petitum* del procedimiento la extinción del derecho por incumplimiento de la esposa de la condición pactada, por lo que en modo alguno cabe plantearse que el tema haya sido ya juzgado. El nuevo, porque el actor aduce un cambio en las circunstancias, entendiendo que con el informe aportado ahora queda ya plenamente justificada la convivencia *more uxorio* de la esposa con tercero.

De la documental aportada a los autos se desprende con claridad que doña Juana mantiene con don Iván una relación que va más allá de la pura amistad, aunque ella se refiera a la relación como una «gran amistad» de muchos. No puede

decirse que mienta, porque esa expresión se utiliza corrientemente para hablar de situaciones de muy diverso tenor, pero resulta evidente que no hay grandes diferencias entre la relación que ella mantiene y la de gran parte de los matrimonios efectivos. Ello se evidencia sobre todo en el hecho de que en los informes confidenciales de detective elaborados para el actor se diga que don Iván aparca su coche por las noches a la entrada de la finca de autos y que sale por la mañana, produciéndose tal situación en muchas ocasiones. Como quiera que el convenio estableciera que en esa vivienda no podía doña Juana mantener convivencia de ningún tipo con otra persona que no fuesen sus hijos, el incumplimiento de la condición queda probado.

A la entrada asidua y nocturna don Iván en el domicilio de la demandada, se añaden y resulta a esta Sala fundamental, otros datos: la progresiva adopción del papel de cotitular en gran parte de los

bienes de don Iván y el uso indistinto de los coches de éste por ambos no puede entenderse justificable en la «buena amistad» que refiere la demandada en su declaración. Por el contrario, el hecho de que, como aduce, no pueda existir una sola foto en que se les vea juntos en los informes confidenciales aportados, resulta todavía más extraño si tal confianza demuestra él tener en su persona en aspectos patrimoniales tan importantes.

Dato reseñable al respecto es también que la demandada y su hijo trabajen en la empresa de don Iván, y lo es por su unión al resto de las circunstancias que concurren en el caso. Del mismo modo, el reconocimiento que el hijo de los litigantes, José Luis, reconozca que tanto él como su madre tienen participaciones en la empresa don Iván, no puede ser indiferente a esta Sala a los efectos de determinar una solución distinta a la que adoptó el juez de primera instancia.

VIVIENDA FAMILIAR

Procede limitar el uso de la vivienda hasta que la hija mayor de edad se incorpore al mercado laboral y en todo caso cuando ésta cumpla los 32 años.

AP VALLADOLID, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 16 DE NOVIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don José Jaime Sanz Cid

Como quiera que el uso del domicilio conyugal se asignó a la esposa en sentencia de separación, «porque es con ella con la que, según todos los indicios, va a quedarse a vivir Marina» (según indica el fundamento de derecho segundo del Auto de 28 de noviembre de 1994, ratificado en Sentencia de 5 de enero de 1995) y dicha hija sigue viviendo en dicho domicilio y dependiendo económicamente de sus padres será doña Marina quien seguirá disfrutará

del mismo, pero con una limitación, hasta que Marina deje de depender económicamente de sus padres o en su defecto hasta que cumpla 32 años, (tiempo más que suficiente para que termine su carrera y encuentre un trabajo relacionado con ella o pueda dedicarse a cualquier otra actividad) en cuyo momento desaparecerá esa mayor necesidad que tiene la Sra. Marina, y sus derechos quedarán equiparados a los del Sr. Carlos Ramón.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No procede reducir la cuantía de la pensión alimenticia dado que no consta un empeoramiento en la situación económica del obligado, siendo su actual situación de desempleo un episodio puntual.

AP MÁLAGA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Soledad Jurado Rodríguez

El recurso formulado contra la sentencia dictada en los presentes autos de divorcio se limita a impugnar el pronunciamiento judicial respecto de una de las

medidas de las acordadas de conformidad con lo dispuesto en el artículo 91 del Código Civil, cual es que se fija que el padre, en concepto de pensión

de alimentos a la hija, abonará la cantidad de 240,4 euros mensuales, solicitándose la revocación de dicha resolución a fin de que en esta alzada se fije la cantidad a la que viene obligado el recurrente en concepto de alimentos para su hija en 120 euros al mes, argumentándose para ello el haber quedado acreditado en las actuaciones el empeoramiento de la situación económica del recurrente desde que se dictara la sentencia de separación, y entrando a resolver sobre esta pretensión, conviene señalar que la separación matrimonial no exime a los padres de sus obligaciones para con los hijos –artículo 92 del Código Civil–, debiendo cada progenitor contribuir a satisfacer los alimentos de éstos, cuya cuantía, conforme determina la doctrina jurisprudencial –Sentencias del Tribunal Supremo de 24 de marzo de 1976, 16 de noviembre de 1978 y 5 de octubre de 1993, entre otras–, compete al prudente arbitrio judicial, cuyo criterio no pueden sustituir las partes eficazmente por el suyo propio y personal mientras no se demuestre infracción legal, y a tal efecto, según determinan los artículos 143 y 144 del Código Civil, la prestación exigida ha de concretarse en proporción al caudal o medios de quien los da y a las necesidades de quien los recibe y que, de acuerdo al artículo 142 del mismo texto legal, debe comprender todo lo que es indispensable para el sustento, habitación, vestido, asistencia médica así como educación e instrucción, y es en base a este principio legal por lo que esta Sala considera que la cuantificación alimenticia establecida en la sentencia de 240,4 euros mensuales para la hija menor del matrimonio, que al momento de interponerse la demanda contaba la edad de trece años, ha tenido en cuenta la proporcionalidad que debe regir la cuestión, pues, por una parte, se ha considerado, de acuerdo a la edad de la menor, sus necesidades, y por otra, los ingresos del obligado a pagar la pensión, ya que en este extremo, a fin de acreditar el empeoramiento de su situación económica, el demandante aportó

informe del Instituto Nacional de Empleo en virtud del cual el recurrente tiene derecho a la prestación por desempleo desde el 4 de julio de 2002, contrato de arrendamiento de vivienda de 3 de enero de 2003, minusvalía del 40% reconocida por la Administración el 9 de agosto de 1999 y nómina correspondiente al mes de agosto de 2003 en la que percibe 450,65 euros, y los anteriores documentos ni demuestran que tras la separación hayan cambiado las circunstancias que se tuvieron en cuenta en la sentencia para fijar la cuantía de la pensión alimenticia, ni que la situación actual del demandante le imposibilite para abonar dicha pensión, pues de la misma forma consta en las actuaciones informe sobre la vida laboral del demandante (f. 50) del que se desprende que, si bien alternado períodos que estaba de alta con otros en que percibe prestación por desempleo, él mismo ha trabajado continuadamente desde 1969, y en concreto, en los últimos años estuvo dado de alta para distintas empresas hasta el 3 de julio de 2002, pasando a ingresar prestación por desempleo, y durante la tramitación del presente procedimiento, vuelve a desempeñar trabajo por cuenta ajena, y todas estas circunstancias acreditan que la posible situación de desempleo, que relata en la demanda, o de empleo con salario insuficiente, que hace constar en el escrito del recurso, no son más que episodios puntuales que no pueden determinar la modificación de la pensión de alimentos pues dado el historial laboral del demandante, su edad, y que le consta que es cocinero de profesión, se presume que la actual situación no va a perpetuarse en el futuro, sobre todo teniendo como incentivo el deber de alimentar a su hija, conllevando todo lo anterior la desestimación de la pretensión recurrente, sin que en esta conclusión pueda influir ni el hecho de estar viviendo en un piso arrendado, lo cual es lo normal tras la ruptura matrimonial, ni su minusvalía que de siempre ha tenido y que nunca lo ha impedido para trabajar.

PENSIÓN ALIMENTICIA

La obligación de prestar alimentos a los hijos no se extingue *per se* por la convivencia *more uxorio* de la hija con otra persona.

AP CÁDIZ, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 23 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Navas Hidalgo

Que por lo que se refiere al motivo de impugnación planteado por la parte apelante que incide en la errónea valoración llevada a efecto por el Juzgador *a quo* de las circunstancias concurrentes, conviene

precisar que tal valoración probatoria facultad de los Tribunales, se encuentra sustraída a los contendientes, que sí pueden aportar las pruebas que la normativa legal autoriza (principio dispositivo

y de rogación), en forma alguna pueden tratar de imponerla a los Juzgadores.

Fundamenta dicho motivo el recurrente, en primer lugar, en el hecho de que, la existencia de un certificado de convivencia de su hija mayor de edad con un tercero en el domicilio de éste, emitido por la Policía Local (folio 15), es suficiente para tener por extinguida la pensión de alimentos fijada a favor de aquélla, y que la incorporación a los autos de un nuevo certificado de fecha posterior, también expedido por tales agentes (folio 84), no puede desvirtuar la realidad de la significada extinción.

Tal pretensión no puede tener acogida favorable, puesto que a diferencia de lo que ocurre con la pensión compensatoria, la de alimentos para los hijos, no se extingue por la convivencia marital del beneficiario con otra persona. Para que se produzca un efecto tan radical es necesario que como consecuencia de dicha convivencia la situación económica del alimentista haya mejorado hasta el punto de que sea suficiente para hacer frente a sus propias necesidades, extremo del que no existe prueba alguna en autos.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Corrección de la cuantía de la pensión alimenticia al ser conforme a lo que informan las Tablas orientativas de fijación de pensiones.

AP TARRAGONA, SEC. 1.^a, SENTENCIA DE 14 DE JULIO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Carril Pan

El segundo motivo de apelación, como viene siendo habitual, se centra en la pretensión de rebaja de la prestación económica en favor del hijo, postura frecuente y no por ello menos incoherente, pues quien por un lado se ve tan preocupado por el bienestar de su hijo que se lo quiere llevar consigo, ya no lo está tanto si el hijo se queda con el otro progenitor, hasta el punto de tratar de reducir su auxilio económico a una cantidad mínima, incoherencia que se patetiza más aún en el caso de autos en que mientras el menor estuvo con su madre antes de la demanda de divorcio, por mor de esa especial atención que dice el padre haberle dedicado, no sólo atendió el pago de la pensión que en la resolución recurrida se le impone, coincidente en gran parte con la por él pagada desde la separación, sino que también hizo frente a otros pagos a mayores y voluntariamente, lo

cual evidencia que su situación económica actual le permite satisfacer la pensión acordada cuya entidad pretende se reduzca a la mitad. A ello debemos agregar que los ingresos acreditados del apelante de 1.151,75 euros equivalentes a 191.635 pesetas nos llevan a una pensión idéntica a la establecida por la Juez *a quo*, de 264,20 euros, equivalentes a 43.958 pesetas, y ello sin atender a las actualizaciones debidas, pues para un nivel de renta de 190.000 pesetas, las Tablas de California adaptadas a España marca una pensión para un único hijo de 44.000 pesetas y el estudio estadístico de los Juzgados de Madrid en 1988 la fija en 43.000 pesetas, por lo que debemos concluir que la pensión fijada está dentro de lo admisible para la renta del apelante, por lo que el motivo debe rechazarse.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No procede extinguir la pensión alimenticia a favor de la hija que no ha alcanzado suficiencia económica para satisfacer todos los gastos derivados de su enfermedad mental, a pesar de que aquélla reciba una subvención de la Generalitat.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 15 DE JULIO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio López Carrasco González

El demandado combate el pronunciamiento del divorcio que le condena a pagar pensión alimenticia de la hija María del Pilar en cantidad de 92 euros mensuales, por entender que aquélla tiene

cubiertas todas las necesidades con la subvención que recibe de la Generalitat, dada su condición de enferma mental, y no residir en el domicilio de su madre, Sra. Estela, pues desde octubre de 2002

está en el Centro T. donde recibe toda clase de atenciones; Centro al que acude para ser atendida. Alega igualmente que la Sra. Estela dispone de dos viviendas, una alquilada, y otra que vendió por más de siete millones de pesetas, disponiendo en entidad bancaria de 19.249 euros. Además, se halla ingresada en Hospital Taulí, por lo que no podía atender a la hija.

El motivo esgrimido por el recurrente no puede prosperar. El fundamento de Derecho Quinto de la sentencia apelada analiza la situación de la hija María del Pilar con esquizofrenia desorganizada, que padece desde los 15 años y 65 % de disminución, por lo que recibe pensión no contributiva de 258,68 euros. Esto justifica, sobradamente su ingreso en Centro de T. La hija sólo abona 95,43 euros para aquellos gastos no subvencionados. Igualmente la hija es usuaria del Centro de Día de Salud Mental en Sabadell, durante tres días por

semana, con gastos de desplazamiento en tren o autobús. Recoge el Juzgador los ingresos de la Sra. Estela (pensión de Seguridad Social 412,34 euros) y los ingresos del Sr. Luis Ángel (824,59 euros por su trabajo en Perfilat Decoració SL). Los ahorros de la actora ascienden a 3.717,82 euros en cuenta con su hija, y a 14.244 con doña Estela. Su disponibilidad es por tanto escasa. Los ingresos regulares del ex marido son el doble de los de su ex mujer. Y la cuantía fijada para contribuir el actor Sr. Luis Ángel, es modesta, de manera que puede hacer frente sin menoscabo de su situación. En consecuencia y a la vista de que la hija María del Pilar se encuentra bajo convivencia de la madre y no ha alcanzado suficiencia económica para satisfacer todos los gastos derivados de su enfermedad, ha de confirmarse el pronunciamiento combatido, en sede de lo dispuesto en el artículo 93, párrafo 2.º, del CC.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Desestimación de la reclamación de gastos extraordinarios al no quedar probado el consentimiento previo, y puesto que de ser cierto que el menor venía asistiendo con regularidad a clases de música como parte de su formación ya no cabría hablar de gastos extraordinarios, en la medida que se ha convertido en un gasto periódico y ordinario y no ha existido acuerdo de los padres en sentido contrario.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, AUTO DE 22 DE JULIO DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Ana M.ª García Esquius

Por último en cuanto a los gastos que se reclaman como gastos extraordinarios debe aclararse lo siguiente. Como reiteradamente ha manifestado esta Sala, cuando se trata de gastos extraordinarios sobre los que no existiera pacto anterior, siendo su concepto indeterminado e inespecífico y su cuantía ilíquida por su propia naturaleza, precisan de su determinación y objetivación en cada momento y para cada supuesto concreto, lo que supone requerir del otro progenitor el consentimiento para la asunción del gastos extraordinarios de que se trate, salvo imposibilidad manifiesta y acreditada de obtener tal consentimiento, conclusión que se deriva además de lo que dispone el artículo 139 del Código de Familia. Son gastos extraordinarios, como su propio nombre indica, todos aquellos que son imprevistos y necesarios, y el auto impugnado resuelve que no tienen este carácter ni los ocasionados por las colonias ni por las clases de música a lo que la ejecutante alega que en ambos casos se trata de actividades extraescolares que los hijos han venido realizando desde hace años y no precisan

acuerdo ni consentimiento previo de los padres, lo que niega el padre.

Puesto que no ha quedado probado el consentimiento previo, y puesto que de ser cierto que el menor venía asistiendo con regularidad a clases de música como parte de su formación ya no cabría hablar de gastos extraordinarios, en la medida que se ha convertido en un gasto periódico y ordinario y no ha existido acuerdo de los padres en sentido contrario. Y por lo que concierne a las colonias, los documentos que se acompañan en justificación de esta reclamación no coinciden con lo reclamado. El documento núm. 15, que es el único en que se menciona el concepto colonias, es un recibo expedido el 15 de diciembre de 1999, y correspondiente al curso 1999-2000, anterior por lo tanto al auto de ejecución que es de fecha octubre de 2000, iniciado ya el curso 2000-2001. Los documentos núms. 16 y 17 son recibos uno de enero de 2001 y otro de abril de 2001 por el concepto créditos de síntesis, designa de la que no puede extraerse sin más que se refiera a las colonias.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No procede reducir la cuantía de la pensión alimenticia al no constar una alteración sustancial en los ingresos del obligado y no ser causa para tal reducción el hecho de que haya nacido un nuevo hijo posterior en cuanto que es un hecho propio y libremente decidido.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

En efecto, la cuestión de fondo, objeto de debate habrá de ser resuelta conforme a las previsiones de los artículos 90 y 91 *in fine* del CC según los cuales para que se produzca una modificación de las medidas adoptadas en precedente pleito matrimonial es preciso que se alteren sustancialmente las circunstancias existentes al momento de su adopción, debiendo afectar dicho cambio al núcleo o esencia misma de la medida, no bastando a tal efecto un mero cambio tangencial o accesorio, debiendo tener carácter definitivo o ser cuando menos de cierta duración, teniendo, además, que obedecer a circunstancias ajenas a la voluntad de quien promueve la modificación, extremos que, sin duda, han de calibrarse ajustadamente a fin de no vulnerar exigencias derivadas del principio de la seguridad jurídica y que no concurren en los hechos objeto de cuestión, que se remontan a la sentencia de divorcio que aprueba el convenio regulador de 25 de octubre de 1993 y valorando que el padre perteneciente en su carrera profesional al Ejército, Teniente Coronel, percibe similares

ingresos que al momento de la separación y divorcio con los incrementos lógicos que se derivan del IPC anual, y de su situación profesional siendo irrelevante por otra parte el nacimiento de un nuevo hijo posterior en cuanto que es un hecho propio y decidido, no ajeno, por consiguiente a su voluntad en los términos de este precepto, y por lo tanto previsto, y significando, entre otras circunstancias, que se producen, ahora respecto de lo existente, en su momento, en el año 1993, hechos tales, como que la madre se encuentra en la actualidad percibiendo ingresos, debiendo señalar en cualquier caso que si bien doña María Teresa no trabajaba materialmente en aquel momento sí estaba prevista tal actividad como lo demuestra el hecho de que no percibía pensión compensatoria, ingresos que por lo demás sin suponer disminución de la aportación del padre sí implicarán una mejoría en la situación económica de los hijos, todo lo cual determina el rechazo del recurso planteado y conlleva la confirmación de la resolución combatida.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Los nuevos hijos no son de peor condición que los primeros y, si los recursos son limitados, todos han de compartirlos. El hijo que primero nace no tiene derechos adquiridos a consumir más recursos que los demás.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Valdivieso Polaino

No compartimos el criterio del Juzgado de que el nacimiento de nuevos hijos del señor Alonso sea algo un tanto irrelevante, en la medida en que no puede afectar a la situación de la hija de los litigantes. Ésa es una tesis que se sostuvo en el pasado pero que no puede compartirse y que debemos rechazar de manera expresa. Los nuevos hijos no son de peor condición que los primeros y, si los recursos son limitados, todos han de compartirlos. El hijo que primero nace no tiene derechos adquiridos a consumir más recursos que los demás. En absolu-

to. Todos los hijos son iguales y no cabe negar la posibilidad de disminuir la cuantía de los alimentos de los primeros por la sobreveniencia de los nuevos. De otra parte, es obvio que el padre tampoco puede verse sometido a privaciones especiales para respetar los alimentos fijados inicialmente al primer hijo, pues tener nuevos hijos es algo completamente legítimo, que no puede ser sancionado por la vía de impedir al progenitor que disminuyan los alimentos fijados para el primer hijo cuando los posteriores no existían.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Es más adecuado concretar el importe de la pensión alimenticia en una cantidad determinada a fin de evitar indefiniciones y futuros pleitos.

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 29 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Reyes Castresana García

En cuanto a la disconformidad del apelante sobre la cuantía de la pensión de alimentos establecida a los menores, que la sentencia fija en la cantidad mensual correspondiente al 20% de los ingresos netos que perciba el apelante Sr. Ismael, con un mínimo en todo caso de 240,40 euros, también debe ser acogida parcialmente, en el sentido de que, eliminando indefiniciones, se fija en la cantidad mensual de 240,40 euros, a razón de 120,20 euros por cada hijo, sin referencia a la proporcionalidad con el salario del Sr. Ismael.

Téngase en consideración que las partes están conformes con la valoración de la Juzgadora de

Instancia, que considera acreditado que el Sr. Ismael tiene unos ingresos mensuales medios netos de unos 995,16 euros, por lo que, evitando futuras controversias entre partes sobre la cuantificación de la deuda por alimentos, se estima más justo establecerla en una cuantía determinada, y ello tras haber tenido en consideración la media de ingresos durante varias mensualidades, computándose el sueldo base, plus de convenio y primas; y ello en relación con los artículos 93 y 146 del Código Civil que regulan que en la cuantía de la pensión alimenticia debe tenerse en cuenta el caudal del progenitor que debe satisfacerla y las necesidades de los menores.

PENSIÓN ALIMENTICIA

El alimentante puede escoger entre prestar alimentos en especie, en su propio domicilio, o bien abonar una pensión, no pudiendo imponer la hija la segunda opción cuando no existen motivos que le impidan residir en el domicilio de su padre, dándose la circunstancia que actualmente reside en el domicilio de una tía materna.

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Ignacio Olaso Azpiroz

El presente asunto, pese a la abundancia de documentación aportada, lo prolijo del acto de juicio (recogido en cuatro CDs) y la extensión del escrito en que se formaliza el recurso, es de una notable sencillez; por lo que respecta a Alicia, única demandante solicitante de alimentos que ya nos interesa, cuenta actualmente con 19 años y se fue de la casa paterna en abril de 2002, siendo por tanto menor de edad, obteniendo la emancipación judicial al no oponerse su padre, refugiándose en casa de una tía materna y el esposo de ésta, que son quienes, se supone, atienden a sus necesidades básicas y desde donde pide alimentos a su progenitor; éste se los facilitó mientras vivía en casa, con creces, ya que no sólo atendió a los gastos propios de su alimentación, vestido y educación, sino a los necesarios para arreglar los problemas de orden

médico-psicológico que afectaban a Alicia, con una nueva orientación de sus estudios en el centro de los Ángeles Custodios, acudiendo a los especialistas correspondientes, con una notable mejoría; pese a todo ello, ante la presencia en la casa paterna de la nueva esposa del Sr. Íñigo y la exigencia de ambos cónyuges de mantener cierto orden, colaboración y comportamiento en el domicilio, Alicia decidió irse de casa por su propia voluntad.

Con tales antecedentes, se hace preciso determinar si debe prevalecer la obligación alimenticia a cargo del padre (artículo 143.2.º Código Civil) mediante el pago a su hija alimentista de determinada cantidad mensual o, por el contrario, ha de prosperar la opción que tiene el alimentante y que se contempla en el artículo 149 del mismo

texto de recibir y mantener a la alimentista en su propia casa; esta segunda posibilidad es la que declara la sentencia del juzgado y este Tribunal comparte semejante decisión; como se ha dicho, es el alimentante el que tiene la facultad de decidir si prefiere pagar la pensión o recibir a la alimentista en su casa; en este caso, la expresa oposición a la demanda de alimentos, revela que se decanta por lo segundo; a este respecto, la jurisprudencia ha declarado que ese derecho a optar que tiene el alimentante no es absoluto pues depende del examen que hagan los Tribunales sobre cada caso concreto que se le presente ya que si de ese examen aparecen estorbos morales o legales que impidan la convivencia entre ambas personas, la misma no se podrá imponer (Sentencias del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1983 y de 2 de noviembre de 1985, así como las en ellas citadas); el propio artículo 149 del Código Civil ya dice, en su párrafo segundo, que la opción del alimentante de recibir a

la alimentista en su casa podrá ser rechazada cuando concurra «justa causa».

Analizado el presente caso y a la luz de la prueba practicada en el procedimiento, no concurren motivos serios que impidan el ejercicio de la opción que el alimentante tiene o que aconsejen que Alicia no debe volver a casa; si ésta se ausentó, fue por su exclusiva conveniencia y comodidad, al no llevarse del todo bien con la nueva esposa de su padre y para evitar las recomendaciones y órdenes, habituales en toda familia, que ambos le daban; asimismo, por la incomunicación personal que esa situación comportaba, de la que Alicia era también responsable; la recurrente no puede quejarse de que su progenitor no cumpliera con sus obligaciones que, en materia de alimentos, le correspondían; tampoco se han denunciado nunca conductas injuriosas, vejatorias o similares entre padre e hija, más allá de las presiones que una correcta educación comporta.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Acreditada la reducción en los ingresos del obligado al pago de la pensión de alimentos en casi el 22%, procede reducir el importe de dicha pensión en su equivalente.

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Reyes Castresana García

El apelante recurre igualmente la cuantía de la pensión alimenticia fijada para la hija del matrimonio Blanca, de 17 años de edad, en la cantidad de 350 euros al mes, por considerar que es excesiva.

La sentencia de primera instancia parte del análisis de la situación y circunstancias concurrentes durante la tramitación del proceso en la primera instancia, en que don Eusebio contaba con unos ingresos mensuales de 1.600 euros, por su trabajo de conductor de autobuses. Pero, en esta segunda instancia, ha sucedido un hecho nuevo, que ha sido objeto de prueba, que es que durante la tramitación del presente recurso de apelación el Sr. Eusebio ha pasado a una situación de jubilación desde el 2 de enero de 2002, percibiendo una pensión mensual de 1.248,27 euros.

Por ello y teniendo en cuenta que el artículo 752.1.º y 3.º de la Ley de Enjuiciamiento Civil exige que el Tribunal resuelva con arreglo a los hechos

y circunstancias concurrentes al momento de dictarse sentencia, siempre con arreglo a los hechos que han sido objeto de debate y resulten probados, con independencia del momento en que hubieren sido alegados e introducidos en el procedimiento, no cabe duda que es procedente una aminoración cuantitativa de la prestación alimenticia basada en la disminución de ingresos que el apelante ha padecido a raíz de su reciente jubilación, en relación con los artículos 93 y 147 del Código Civil. La pensión alimenticia se determina en la cantidad de 273 euros mensuales, que es la disminución en un 21,98% respecto de la fijada en la sentencia de primera instancia, de 350 euros mensuales, deduciéndose el importe de 76,93 euros, puesto que esta disminución del 21,98 % es la que ha sufrido los ingresos del apelante, poniendo en relación los percibidos por su actividad profesional y los de su pensión de jubilación.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No existe incongruencia ni indefensión porque el Juzgado acuerde incrementar de oficio la cuantía de la pensión alimenticia a favor del menor.

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Francisco Bote Saavedra

La parte demandante promovió demanda interesando la disolución del matrimonio por divorcio, persistiendo las medidas acordadas en la sentencia de separación, a excepción de la cuantía de la pensión alimenticia que se ha incrementado por la actualización, quedando asimismo desfasado el régimen de visitas. La parte contraria se opuso a determinadas medidas y formuló reconvencción; pretensiones que fueron estimadas en la sentencia de instancia y disconforme el inicial demandado se alza el recurso de apelación, alegando, en síntesis y como único motivo, incongruencia de la sentencia al incrementar la cuantía de la pensión alimenticia sin haberlo solicitado en la demanda, introduciendo dicha petición al contestar la reconvencción, produciendo indefensión a la parte inicialmente demandada, por ello interesa la revocación de la sentencia en dicho particular, para que se deje sin efecto el incremento de la pensión alimenticia.

A dicho recurso se opuso la parte contraria interesando la confirmación de la sentencia.

Centrados los términos del recurso, para la adecuada resolución del mismo es necesario partir de los siguientes hechos que constan en las actuaciones, esto es, la actora formuló demanda de divorcio, con ratificación de las medidas existentes, salvo la relativa a la pensión alimenticia que se había incrementado con las sucesivas actualizaciones, pretensión a la que se opuso el demandado y a su vez formuló reconvencción esencialmente sobre el régimen de visitas, y al contestar la reconvencción es cuando la inicial actora solicita un incremento de la cuantía de la pensión alimenticia, entendiendo el apelante que dicho incremento aceptado por el juzgador de instancia le ha producido indefensión, toda vez que la cuestión del incremento de la pensión alimenticia se ha introducido por primera vez al contestar la reconvencción sin posibilidad de rebatir dicha petición.

Pues bien, el artículo 770.2 LEC señala con claridad que no cabe reconvencción sobre aquellas cuestiones sobre las que el Juez debe pronunciarse de oficio, como sería la pensión de alimentos de los hijos habidos en el matrimonio, mientras que *a sensu contrario*, será a través de la demanda o de la recon-

vencción, cuando deberán hacerse las peticiones que el Juez no puede apreciar de oficio, ni puede entender que existe una reconvencción implícita porque ello no lo permite la Ley para solicitar otras medidas distintas.

Es criterio de esta Sala, siguiendo la STC de 10 de diciembre de 1984, que, al contemplar un presupuesto fáctico consistente en un proceso de divorcio instado por el marido y pretendida indefensión derivada del establecimiento por los órganos judiciales de una pensión a favor de la esposa e hijas, medidas estas que al no haber sido solicitadas por la esposa mediante reconvencción, sino simplemente alegadas al oponerse a la demanda, no pudo el marido, en forma satisfactoria contradecir ni alegar cuanto conviniera a su derecho, sentó la doctrina, refrendada por auto posterior de 23 de enero de 1987 de no estimar incongruencia ni indefensión alguna, y ello porque en «todo proceso matrimonial se dan elementos no dispositivos, sino de *ius cogens* precisamente por derivar y ser instrumento al servicio del derecho de familia, pero todo ello referido a la pensión de alimentos a favor de los hijos, más no respecto a la pensión compensatoria».

Esta doctrina, en su recto entendimiento, debe aplicarse al procedimiento del artículo 770, regla 2.ª, que, al regular la reconvencción, recoge los procesos relativos a las demandas de separación y divorcio y con relación a las medidas definitivas.

En el supuesto enjuiciado el único motivo del recurso se refiere al incremento de la pensión alimenticia fijada a favor del hijo menor, y dicha cuestión es de las que deben los tribunales apreciar de oficio, como claramente se desprende del artículo 91 del Código Civil que, en defecto de acuerdo de los cónyuges obliga al juez a determinar las medidas que correspondan en relación con los hijos, estableciendo las que procedan; medidas judiciales en relación con los hijos que, como previene el artículo 92 del Código Sustantivo, serán adoptadas en beneficio de los mismos.

En definitiva, no existe incongruencia ni indefensión, porque lo acordado por el juez sobre dicho particular de la pensión alimenticia ha sido incre-

mentar la cuantía de la misma por las razones que señala, y ello ni siquiera exige expresa petición de

parte, que aquí sí ha tenido lugar, aunque haya sido en la contestación a la reconvención.

PENSIÓN ALIMENTICIA

Corresponde legal y moralmente abonar los alimentos del hijo menor a su progenitor y no a una tercera persona, por mucha relación que tenga con aquél en virtud de la convivencia more uxorio con la madre.

AP SANTA CRUZ DE TENERIFE, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 25 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Pilar Aragón Ramírez

Vaya por delante que algunas de las alegaciones contenidas en el escrito de recurso son legal y moralmente inadmisibles, como la pretensión, que se expone veladamente pero de forma insistente al aludir a los ingresos del actual compañero de la demandada, de que esa persona, totalmente ajena al círculo familiar, sea la que se haga cargo de los gastos derivados del atendimiento del hijo del apelante.

Otras consideraciones no son atendibles, como la referente a los mayores gastos, con relación a la demandada, que vendría soportando el actor por

razón de dos préstamos a los que hace frente, puesto que, como resulta del Convenio aprobado en la sentencia de separación, los cónyuges se repartieron entre ellos los préstamos existentes a la fecha de la finalización de la convivencia marital, de manera muy equitativa.

Finalmente, hay alegaciones que carecen de base probatoria y de justificación lógica alguna, como la relativa a los «mayores» gastos que tendría el hijo Antonio, de catorce años, frente a su hermano José Pedro, de doce.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No procede reducir el importe de la pensión compensatoria otorgada a la esposa por el hecho de que ésta perciba un sueldo como empleada de limpieza, al no estimarse mejora de fortuna, máxime cuando tiene que abonar la hipoteca de vivienda adquirida.

AP LEÓN, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 8 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Ángel Peñín del Palacio

Es sabido que la pensión compensatoria se fija para atender el desequilibrio que la ruptura matrimonial ocasiona a uno de los cónyuges en relación con su situación económica en el matrimonio, y se tienen en cuenta a la hora de su cuantificación varias circunstancias que enumera el artículo 97 del CC, como la duración del matrimonio, la dedicación a la familia, la edad y estado de salud y las probabilidades de acceso a un empleo, entre otras de las que enumera el citado precepto. Por su parte el artículo 100 CC señala que fijada la pensión y las bases de su actualización en la sentencia de separación o

divorcio, sólo podrá ser modificada por alteraciones sustanciales en la fortuna de uno u otro cónyuge. Pues bien, en el caso de autos no puede decirse que se haya producido esa alteración sustancial de circunstancias de que habla el precepto en relación con la situación contemplada en la sentencia de separación y que fijó la cuantía de la pensión compensatoria a favor de la esposa en sesenta mil pesetas mensuales, hace poco más de dos años; no puede decirse que la fortuna de la esposa haya mejorado porque ahora perciba como empleada de limpieza la cantidad de 574,06 euros mensuales, y con lo que

tiene que hacer frente a una hipoteca de la vivienda adquirida que le supone 252 euros mensuales, siendo así que el ex marido don Jesús Carlos percibe algo más de lo percibía anteriormente, siendo ahora su pensión de prejubilado de la minería del carbón, la cantidad de 2.109 euros al mes, abonando una hipoteca de 203,03 euros mensuales, habiendo mejorado incluso su situación económica al no tener que hacer frente a la manutención de la hija más pequeña del matrimonio por haberse independizado de sus padres. En consecuencia no procede reducir la cuantía de la pensión compensatoria que viene percibiendo la demandada doña Ana María, ni menos la extinción de la misma por no concurrir para ello ninguna de las causas que señala el artículo 101 el CC. Y en relación con la petición subsidiaria que se hace en el recurso de limitación temporal de la compensatoria, es cierto que esta Sala en ocasiones ha señalado tal límite pero siempre dependiendo de las circunstancias concurren-

tes en cada caso particular y muy especialmente las oportunidades que existan para el acreedor de la pensión de acceder a un puesto de trabajo suficientemente remunerado, y sin que en esta cuestión puedan adoptarse soluciones generales extrapolables. En el caso de autos la esposa cuenta con 45 años y carece de cualificación profesional, más que la que pueda derivar de su dedicación a labores de empleada de limpieza en una empresa de tal naturaleza, y para la que ha sido contratada recientemente, recibiendo un escaso salario de 574,03 euros, habiendo durado el matrimonio 24 años, y habiendo tenido dos hijas, ya mayores de edad e independientes económicamente.

Se considera en razón a lo expuesto que debe ser mantenida la cuantía de la compensatoria tal y como quedó fijada en la sentencia de separación al no haberse producido variación sustancial de circunstancias tenidas en cuenta en el momento de adoptarla.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Se extingue la pensión compensatoria a favor de la esposa, por convivencia marital, presumiéndose dicha convivencia del hecho de que el tercero pernocta con frecuencia en el domicilio de aquélla, no exigiéndose una prueba absoluta cuando se pretende demostrar hechos íntimos de la vida de las personas.

AP ASTURIAS, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 14 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don José Manuel Barral Díaz

En cuanto al recurso formulado por la madre, en autos consta un oficio remitido por la Policía Local del Ayuntamiento de Tineo que afirma que, interrogados varios vecinos de la citada, éstos ven con mucha frecuencia a un tercero en su domicilio; lo que ratifica con más precisión la Alcaldesa de Barrio en donde radica la vivienda de la demandada, afirmando que convive con dicho tercero. Se dice que tal oficio no constituye prueba alguna, lo que esta Sala no comparte, porque propuesto en tiempo y forma por la parte actora, la demandada en ningún momento impugnó tal medio de prueba, además de quedar sometido a la contradicción procesal para poder impugnarlo no mediante meras alegaciones, sino utilizando la prueba en contrario que estimare suficiente a sus intereses.

En cualquier caso, dicho medio de prueba fue corroborado en el acto del juicio indirectamente, ya que la citada reconoció una relación afectiva con dicho tercero desde hace cuatro o cinco años, admitiendo que frecuentaba su domicilio, aunque

negara la convivencia, y también de forma directa mediante el testimonio de dos testigos que depusieron en dicho acto, confirmando lo manifestado por aquel informe oficial y reconociendo que dicho tercero pernocta con frecuencia en el domicilio de la citada. Testigos que son vecinos de la misma en un pueblo pequeño como es en el que viven todos ellos, por lo que el hecho de la convivencia no puede pasar para los mismos desapercibido.

Es cierto que los citados no se dedicaron a hacer un «seguimiento» de tal cuestión y por ello no pueden afirmar sin duda alguna que todos los días el tercero está en el domicilio, pero tampoco se puede exigir una prueba de tal calibre cuando se pretende demostrar hechos íntimos de la vida de las personas, pues ello supondría que en la práctica se haría en no pocos casos imposible de acreditar una situación cuya publicidad se pretende ocultar o cuando menos no poner a la luz sin reparo alguno. En este caso la Sala considera suficiente la prueba testifical sobre la convivencia, al extraerse de la misma una reitera-

ción continuada (aunque no sea diaria) de actos que la evidencian, otorgando fiabilidad a la prueba prac-

tizada, no ya por el citado documento, sino incluso por las declaraciones testificales aludidas.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Teniendo en cuenta que en el convenio regulador se fijó la pensión compensatoria de modo vitalicio aunque la esposa desarrollara una actividad laboral retribuida, por más que lleve 15 años percibiendo la pensión y trabajando no procede extinguirla dado el contenido de convenio, si bien, habiéndose reducido los ingresos del ex esposo, procede reducir la cuantía de dicha pensión.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, SENTENCIA DE 15 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Miguel Julián Collado Nuño

La Sentencia de 27 de marzo de 2003 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Barcelona en el curso de los autos de divorcio 562/2002 estimaba parcialmente la demanda interpuesta por Ángel Jesús contra Fátima, declarando disuelto por divorcio el matrimonio existente entre ambos con los efectos legales inherentes a dicha declaración y con la adopción de las medidas que se concretan en la indicada resolución, en concreto fijando como pensión por desequilibrio económico a cargo de Ángel Jesús y a favor de Fátima de 600 euros mensuales actualizable anualmente de acuerdo con las previsiones del IPC.

Frente a esta resolución, consta recurso de apelación suscrito por Ángel Jesús y que concreta en su discrepancia con la pensión compensatoria reconocida al entender que después de 15 años la beneficiaria ya se ha visto convenientemente compensada por el desequilibrio económico producido por la separación de 1988, a pesar de haber venido obteniendo ingresos durante todos esos años y disponer de un plan de jubilación, considera por todo ello que, a pesar de que en el convenio se reconocía ésta a pesar de que se desarrollara una actividad laboral han de tenerse en cuenta las circunstancias concurrentes en cada momento, como los actuales en los que el obligado ha visto reducidos considerablemente sus ingresos, subsidiariamente solicita su reducción a la suma mensual de 300 euros durante tres años y que la actualización lo sea no con arreglo a las variaciones del IPC sino a las de las retribuciones del obligado como se va a establecer en el convenio suscrito en su momento. Por parte de la apelada y en el traslado preceptivo, ésta interesó la confirmación de la resolución de instancia, atendiendo al contenido del convenio regulador que se suscribió de común acuerdo entre los cónyuges en su momento.

Hemos de tener en cuenta, para la adecuada resolución de esta causa, la situación establecida

entre las partes por la sentencia de separación de 26 de mayo de 1988 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 14 de Barcelona en la causa 293/88 que aprobaba el convenio regulador de 29 de febrero de 1988 en el que el ahora recurrente se comprometía a entregar a su esposa el 50% de las sumas allí consideradas en concepto de pensión compensatoria de modo vitalicio y aunque la misma desarrollara una actividad laboral retribuida. Tal situación es justamente la que mantiene la resolución de instancia al considerar que la prejubilación del obligado si que ha condicionado una disminución de los ingresos que venía percibiendo con anterioridad mas graduando así la cuantía de la obligación expresada hasta la suma que se expresa, mas sin que la actividad retribuida de la contraria pueda ser tenida en consideración dado el expreso e inequívoco contenido de la cláusula que hemos expresado. Atendido lo anterior sólo nos corresponde examinar la corrección en la fijación de la cuantía de la pensión reseñada en la sentencia apelada. La Sala, considerando lo alegado y probado en primera instancia, entiende correcta tal conclusión, entendiendo que sobre las pretensiones patrimoniales que se susciten en este ámbito, no debe olvidarse, según reiterada doctrina jurisprudencial –SS de 9 de octubre de 1981 y 11 de octubre de 1982 de la Sala 1.ª del Tribunal Supremo–, que el derecho de alimentos y la pensión compensatoria tienen la naturaleza de una deuda de valor, y de ahí que para su fijación o corrección deban siempre atenderse al binomio posibilidad-necesidad, que se contempla en los artículos 146 y 147 de nuestro Código Civil, así como a la realidad de una alteración sustancial en la fortuna de uno u otro cónyuge, tal como estatuye el artículo 100 del mismo Texto Legal, resultando la suma reseñada en la resolución recurrida como adecuada a las posibilidades ya valoradas del recurrente.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No procede acordar pensión compensatoria en el procedimiento de divorcio cuando en el de separación de mutuo acuerdo no se estableció dicha pensión.

AP SEVILLA, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 22 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña María del Carmen Abolafia de Llanos

La demandada articula recurso de apelación frente a la sentencia de instancia que declara el divorcio de los cónyuges, y ratifica las medidas complementarias acordadas en la sentencia de separación dictada el 1 de junio de 2001, (procedimiento tramitado de común acuerdo) impugnando la no concesión de pensión compensatoria solicitada en el presente procedimiento.

Las argumentaciones impugnatorias esgrimidas por la recurrente, en modo alguno pueden prosperar por cuanto en la sentencia de separación, dic-

tada en el año 2001, no se acordó ninguna pensión compensatoria al no ser solicitada por la Sra. Isabel. En el Convenio Regulador, firmado por ambos cónyuges, y aprobado judicialmente, la demandada renunciaba a tal derecho (cláusula 4.ª). Ahora no puede alegar desequilibrio económico alguno, pues tal hecho ha de referirse al momento de la separación, y no al momento actual.

Por todo lo cual procede desestimar el recurso de apelación, confirmándose la sentencia de instancia en todos sus extremos.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Se extingue la pensión compensatoria a favor de la esposa, pues el desequilibrio ya se ha compensado en atención a la duración del matrimonio, edad del ex cónyuge y su aptitud personal y profesional para acceder a una ocupación laboral, siendo indiferente cuál de los litigantes perciben mayores ingresos.

AP CÁCERES, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 7 DE JULIO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio María González Floriano

Centrado el Recurso en los términos que, de manera sucinta, han quedado expuestos en el Fundamento Jurídico Primero de esta Resolución, la parte apelante impugna, en primer término, la decisión del Juzgado *a quo* relativa al mantenimiento de la pensión compensatoria fijada a favor de doña Gema, sin que se hubiera acordado su extinción.

Con el fin de evaluar si, en el momento presente, se mantienen las circunstancias que se tuvieron en cuenta en el momento en que se adoptó la expresada Medida Definitiva conforme al artículo 97 del Código Civil, ha de significarse que la misma se aprobó en la Sentencia de 27 de junio de 1994 dictada en el Proceso de Separación Matrimonial número 352/1993, de modo que, siendo la fecha de celebración del matrimonio el día 10 de enero de 1987, la duración de la convivencia conyugal (sin contar el período de tiempo de separación

de hecho) se prolongó durante siete años y cinco meses aproximadamente, lo que implica, a su vez, que el actor ha venido —y viene— abonando la pensión compensatoria a la demandada desde hace diez años, si se computa este período de tiempo desde el día de la fecha de la Sentencia dictada en el Proceso de Separación Matrimonial.

Pues bien, atendiendo a este planteamiento inicial, ha de recordarse que el establecimiento de un límite temporal al devengo de la Pensión Compensatoria constituye un criterio reiterado de esta Sala que encuentra su fundamento en evitar que se produzcan situaciones equiparables a las de una pensión vitalicia cuando el cónyuge acreedor cuenta con una posición (personal y profesional) que le habilita para su acceso al mundo laboral. En el presente caso, el que se fije un límite temporal al devengo de la pensión (considerando el lapso

temporal que ya ha transcurrido –diez años–) aparece más que justificado porque la demandada viene desempeñando una ocupación laboral en el Servicio Andaluz de la Salud desde, al menos, el día 1 de diciembre de 2001, el cual se ha venido manteniendo regularmente –si bien con algunas interrupciones–, encontrándose, actualmente, en situación de alta laboral –tal y como consta en el Informe de Vida Laboral que obra al folio 137 de los autos–, lo que implica, por un lado, que doña Gema cuenta con ingresos propios, y, por otro, que ostenta una indudable aptitud para desempeñar una ocupación laboral estable.

No se trata, pues, de ponderar cuál de los ex-cónyuges percibe mayores ingresos económicos, ni si tal pensión compensatoria favorece el aumento de ingresos del ex cónyuge acreedor en beneficio del hijo habido en el matrimonio (porque el hijo percibe la correspondiente pensión de alimentos y, además, porque no es ése el objeto de este tipo de prestación), sino más bien de considerar si el desequilibrio económico que determinó el esta-

blecimiento de la pensión en el momento de la separación matrimonial subsiste en la actualidad, estimando este Tribunal que el período de tiempo en virtud del cual ha venido el demandado abonando el importe fijado por este concepto es más que suficiente para afirmar que ese desequilibrio patrimonial ya ha sido compensado atendiendo a las circunstancias comprensivas de la duración del matrimonio, la edad del ex cónyuge acreedor y su aptitud personal y profesional para acceder a una ocupación laboral –como actualmente desarrolla y ha venido haciéndolo desde, al menos, el mes de diciembre del año 2001–. Prolongar la virtualidad de esta prestación vendría a significar el establecimiento de una especie de retribución vitalicia que no se complace con el fundamento del instituto de la pensión compensatoria, de manera que procede decretar la extinción de la misma con fundamento en el inciso inicial del primer párrafo del artículo 101 del Código Civil, conforme al cual el derecho a la pensión se extingue por el cese de la causa que lo motivó.

PENSIÓN COMPENSATORIA

La extinción de la pensión compensatoria debe tener efectos desde la fecha de sentencia de Primera Instancia, porque en ésta, en definitiva, lo que se hace es declarar que la del Juzgado debió hacer un pronunciamiento como el que ahora se hace respecto a dicha prestación.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 9 DE JULIO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Valdivieso Polaino

Por lo que concierne a la pensión compensatoria, si tiene razón el apelante.

El señor Alberto es un empleado con un salario muy modesto, y con un contrato de trabajo cuya naturaleza no sabemos, pero que goza de antigüedad desde 12 de septiembre de 2000, según consta en sus nóminas.

Con independencia de que el proceso de divorcio es autónomo del de separación y no puede procederse en él como si fuese un proceso de modificación de medidas, lo cierto es que la situación de la señora Remedios ha cambiado desde su separación. Se lee en la sentencia de separación de la Audiencia que dicha señora manifestó en el

juicio de separación que ganaba 42.000 pesetas al mes. Pero ahora, según la nómina aportada (correspondiente a enero de 2003) y según lo dicho por ella en el juicio, percibe 850 euros al mes, con una antigüedad en su trabajo como limpiadora de 22 de noviembre de 2001.

Se trata, como se ve, de un salario no muy inferior al del esposo. Pero el salario se iguala si se tienen en cuenta las retenciones a cuenta del impuesto sobre la renta. En la nómina de agosto de 2003 del esposo se aplica una retención del 2%. En la de la esposa de enero de 2003 se aplica una del 9%. Si en esta última se aplicase el mismo porcentaje de retención del 2% que se aplicó al esposo en agosto,

resultaría un salario para la señora Remedios de 920 euros al mes. Por tanto, su salario es prácticamente igual que el de su ex marido.

De ahí que no pueda afirmarse en modo alguno que exista desigualdad entre ambas partes, sobre todo si se tiene presente que la esposa vive en vivienda gravada con préstamo hipotecario que ha de amortizar por mitad el marido, mientras que, evidentemente, la señora Remedios no contribuye a los gastos de vivienda de su ya ex consorte.

Procede, en consecuencia, extinguir la pensión compensatoria, lo que ha de tener efectos desde la fecha de sentencia de primera instancia, porque en ésta, en definitiva, lo que se hace es declarar que la del Juzgado debió hacer un pronunciamiento como el que ahora se hace respecto a dicha prestación. Ésta es, por otro lado, la regla cuando se hacen pronunciamientos de este tipo, de tal manera que no hace falta que se precise tal cosa en la parte dispositiva.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No es causa que justifique la modificación de la pensión compensatoria el hecho de que los hijos comunes ya no residan con la beneficiaria de la pensión.

AP BARCELONA, SEC. 12.ª, SENTENCIA DE 8 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio López-Carrasco Morales

En el presente procedimiento de modificación de efectos de divorcio, el actor Sr. Octavio, después de haber cesado en la obligación de pensión alimenticia de los hijos que satisfacía en proceso de separación de mutuo acuerdo, elevada en sentencia de divorcio, y rebajada en sentencia de modificación de divorcio, para finalmente dejar extinguida por independizarse su hija Juana, y por acuerdo con el hijo Benjamín, sólo venía abonando la pensión compensatoria a favor de la Sra. Margarita en la cantidad de 199.200 pesetas para el año 2000, con actualización en diciembre de ese año. Ello en virtud de acuerdo transaccional de 13 de noviembre de 2000 que acogió la resolución dictada STS de 12 de febrero de 2001 en nuevo procedimiento de modificación de efectos de divorcio 150/2000 del Juzgado 17 de Primera Instancia de Barcelona. Ahora el Sr. Octavio presentó en 30 de junio de 2003, nueva demanda modificativa con la finalidad de extinguir su obligación para con su ex mujer, y con efectos desde la fecha de la interposición de la demanda. Subsidiariamente y para el supuesto de no apreciar alguna de las causas que invocó para extinguir la pensión compensatoria solicitó rebajar su importe a la suma de 150 euros mensuales y durante el plazo de un año, a contar también desde la fecha de demanda. La sentencia recaída desestima la demanda y declara no haber lugar a modificación alguna de la sentencia anterior.

Se alzó el actor contra la sentencia de 26 de enero de 2004, con invocación de los siguientes motivos:

La demandada Sra. Margarita ya no tiene a su cargo a los hijos, por ser independientes y no tener obligación alimenticia para con ninguno de ellos.

La sentencia apelada, pasa revista a estas motivaciones en Fundamento de Derecho Tercero y las rechaza: La alegada modificación de la situación familiar de los hijos dice, no puede ser tenida en cuenta como circunstancia sustancial para extinguir la pensión compensatoria.

Así lo ve también esta Sala. La dedicación presente y futura a la familia que contempla el artículo 97 del CC y también encuadrable en artículo 84.2.º letra C) dentro del Código de Familia bajo la expresión «cualquier otra circunstancia relevante», tanto afecta a uno u otro progenitor, de manera que el Sr. Octavio también se ha visto beneficiado por el cese de la obligación alimenticia. No es un elemento configurador del desequilibrio, sino, en su caso, de la cuantía de la pensión compensatoria que está en función de otros muchos datos y circunstancias que, de manera ejemplificativa y no exhaustiva, contienen los citados preceptos: En el precepto de los artículos 100 y 101 CC no se menciona expresamente la liberación de cargas de los hijos, lo que tampoco aparece en el artículo 86 del Código de Familia, pero no cabe duda que dentro de la correlación de los ingresos y bienes del cónyuge acreedor y del cónyuge deudor, se ha de contabilizar tal hecho, que en el presente caso presenta perfiles de ahorros más importantes en el Sr. Octavio que respecto a la Sra. Margarita, con lo que el argumento se vuelve en contra del recurrente.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No ha lugar a reconocer una pensión compensatoria cuando quien la solicita tiene una posición económica holgada, por razón del importante patrimonio familiar, permitiendo sus propias ganancias costear el nivel de vida similar al que disfrutaba en el período conyugal.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

La cuestión suscitada de orden económico concierne al establecimiento de la pensión compensatoria.

De esta forma el cónyuge que tiene derecho a pensión ha de estar desfavorecido al ser su posición posterior al matrimonio considerablemente inferior a la que gozaba durante el mismo, siendo razonable que se reciba pensión por quien la necesite y mientras se necesite, no debiendo establecerse una especie de derecho adquirido a mantener la posición económica que se obtuvo con el matrimonio, a costa del otro cónyuge. En la práctica, ello puede suponer, de una parte, una cuasi jubilación, al tener resuelto su problema económico con carácter permanente el cónyuge que recibe la pensión. Y con carácter general puede concluirse, de otra parte, que en tales supuestos el beneficiario podría no tener incentivos para tratar de mejorar, ya que su problema económico está resuelto de antemano. Ciertamente es que en los preceptos del Código Civil no se impone la obligación de intentar mejorar la fortuna a través del trabajo o del acceso a una superior cualificación.

No puede dejar de valorarse en tales circunstancias la situación de quien tiene una posición económica manifiestamente holgada, por razón del importante patrimonio familiar, sin hijos a su cargo,

siendo tales medios y recursos sobradamente suficientes —a juzgar por las manifestaciones de la propia interesada—, para una persona que no requiere atenciones constantes más que las concernientes a su edad, —61 años de edad, como nacida el 12 de octubre de 1942—, y la posición social en la que se desenvuelve, permitiendo de esta forma sus propias ganancias costear el nivel de vida similar al que disfrutaba en el período conyugal.

Cierto es que el patrimonio de la familia ha sido gestionado por el esposo, quien reconoce que la ahora apelante se ha dedicado a la familia, pero no lo es menos que aquél no contaba con recursos ajenos al patrimonio conyugal, ya que todos los ingresos de la familia procedían de los negocios familiares, cuyos beneficios determina la sentencia se repartirán por la mitad entre ambos cónyuges, además de disponer la administración conjunta por parte de los cónyuges de la masa ganancial, razones todas que determinan en este punto el rechazo del recurso planteado y conllevan la confirmación de la resolución recurrida, en cuanto tales datos no evidencian la existencia del desequilibrio económico que la pensión compensatoria precisa como presupuesto básico.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Las sentencias dictadas en los procesos matrimoniales que extinguen o reducen las pensiones, dada su naturaleza constitutiva, sólo producen efectos *ex nunc*, esto es, desde la fecha en que se dicten, y por ello, no cabe dotar de alcance retroactivo a la sentencia que declara la extinción de la pensión compensatoria.

AP NAVARRA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Ricardo Javier González González

La cuestión planteada se circunscribe por tanto a determinar el momento en que deben producir sus efectos las sentencias dictadas en los procesos matrimoniales, acordando la extinción o reducción

de las pensiones fijadas en anterior pleito matrimonial; cuestión que ya ha sido abordada por esta Sala en resoluciones anteriores como la sentencia de 6 de noviembre de 2000, dictada en el Rollo de

Apelación núm. 200/00; la de 5 de marzo de 2002, recaída en el Rollo núm. 341/01; la de fecha 8 de marzo de 2002 recaída en el Rollo 41/02, habiendo señalado, conforme al criterio mayoritario seguido por la doctrina de otras Audiencias que, al menos con carácter general, y salvo casos excepcionales (sea por concurrir una causa de extinción de carácter tan objetivo como pudiera ser el matrimonio o la convivencia marital, sea por apreciarse abuso de derecho, enriquecimiento injusto, mala fe o destinarse los alimentos señalados como contribución al mantenimiento de los hijos comunes a finalidades distintas a la satisfacción de necesidades de carácter alimenticio), dichas sentencias, dada su naturaleza constitutiva, sólo producen efectos *ex nunc*, esto es, desde la fecha en que se dicten y no *ex tunc*, desde el momento en que hubieren tenido lugar los hechos apreciados para acordar la extinción o reducción, como si se tratara de una declaración de nulidad que pudiera dejar sin efecto consecuencias ya producidas, ni desde la fecha de interposición de la demanda, pues, mientras no se dicte nueva resolución judicial que modifique la anterior, ésta seguirá desplegando toda su eficacia.

No cabe dotar a la extinción de la pensión compensatoria acordada en la sentencia recurrida, del alcance retroactivo que se pretende por el apelante, pues, además de que las sentencias de Audiencias Provinciales que cita en apoyo de tal pretensión se refieren a supuestos no asimilables al que nos ocupa, y aun cuando las notas de la necesaria estabilidad y permanencia en la realización de un trabajo remunerado que vienen exigiéndose por las distintas Audiencias Provinciales para estimar

producida una alteración sustancial de las circunstancias que permitan la modificación de las medidas acordadas en anterior sentencia se hubiesen producido, en el caso que nos ocupa, en fechas muy anteriores a la de la presentación de la demanda, no hemos de olvidar que, como se pone de manifiesto en el párrafo segundo del fundamento de derecho quinto de la demanda, la extinción de la pensión compensatoria se rige por el principio de rogación, de forma que ha de pedirse de modo expreso para que se produzca judicialmente, y, en el presente caso, el demandante formuló tal petición de modo notoriamente tardío pues, como él mismo tiene reconocido, tuvo conocimiento desde un principio, dadas las buenas relaciones que mantenía con ella, que su esposa comenzó a trabajar inmediatamente después del pleito de la separación, lo que descarta la existencia de cualquier atisbo de mala fe en la actuación de la demanda que pudiera justificar, al amparo de alguna de las circunstancias excepcionales anteriormente señaladas y contraviniendo la norma general, la retroacción de la extinción de la pensión a la fecha solicitada por el apelante; sin que, finalmente, a estos efectos, podamos entrar a analizar las alegaciones efectuadas en el recurso sobre la existencia de un supuesto pacto entre los cónyuges por el cual hubiesen convenido «que ya no tiene sentido el abono de la pensión por desequilibrio», por tratarse, al igual que las restantes alegaciones dirigidas a combatir el auto dictado por el mismo juzgado en ejecución de la sentencia de separación, de una cuestión nueva introducida por primera vez en esta alzada y que no fue planteada en la primera instancia.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No ha lugar a declarar la extinción de la pensión compensatoria puesto que el desarrollo de una actividad laboral durante tres meses no le dota de las mínimas exigencias de estabilidad y permanencia.

AP NAVARRA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 20 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Ricardo Javier González González

El transcurso del tiempo, no por sí solo, sino junto con otras circunstancias relevantes (que no se aprecian en el caso enjuiciado) sea totalmente irrelevante para poder acordar la extinción de la pensión por cese de la causa que motivó su concesión, esto es, por haber desaparecido el desequilibrio económico que constituye el presupuesto de hecho para su otorgamiento; situación a la que debe equipararse,

como viene declarando esta Sala, el mantenimiento deliberado de tal desequilibrio por causa dependiente de la voluntad del propio cónyuge acreedor de la pensión, a semejanza de lo dispuesto en el artículo 152.3 y 5 del Código Civil respecto de los alimentos debidos entre parientes, y en aplicación, en todo caso, de lo dispuesto en los artículos 11.2 de la LOPJ y 7 del Código Civil; cuestiones que

han sido debidamente analizadas en la sentencia apelada para rechazar, atendiendo a las pruebas practicadas, cuya valoración ni siquiera es objeto de impugnación en este recurso, que se hubiera dado una situación de abuso de derecho por parte de la esposa, en lo que este Tribunal coincide plenamente pues, conforme al criterio mantenido por el Tribunal Supremo en sentencia de 5 de noviembre de 1984, en relación a lo dispuesto en el artículo 152.3 del Código Civil, para que cese la obligación de prestar alimentos (en nuestro caso la compensatoria), por la causa invocada por el demandante, es preciso, «que el ejercicio de una profesión, oficio o industria sea una posibilidad concreta y eficaz según las circunstancias no una mera capacidad subjetiva», lo que, conforme a lo razonado por la Juzgadora *a quo*, no cabe apreciar en el caso enjuiciado a la vista de las pruebas practicadas, pues de

ellas sólo se desprende, tal y como se indica en la sentencia recurrida, que la esposa, quien durante los 17 años de convivencia matrimonial no ejerció trabajo remunerado alguno, amén de haber realizado los cursos que se indican para completar su formación como Auxiliar de Enfermería, ha realizado trabajos como tal en la Clínica Universitaria, si bien tal actividad laboral, para la que fue contratada desde el 26 de junio hasta el 30 de septiembre de 2003, reúna las mínimas exigencias de estabilidad y permanencia a que anteriormente nos hemos referido, por lo que sólo puede dar lugar al cumplimiento de las previsiones expresamente pactadas por los cónyuges para esta situación, pero, en modo alguno, a la extinción de la pensión; sin que, de otro lado, esa falta de estabilidad en dicho trabajo pueda imputarse a la esposa pues no depende de su voluntad.

PENSIÓN COMPENSATORIA

No puede sustentarse la extinción de la pensión compensatoria en el hecho de que la beneficiaria haya estado incorporada en un programa de ayuda social durante 5 meses, al ser beneficiaria de la renta básica.

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 22 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña María Jesús Real de Asua Llona

No es de insistir más que para que pueda concederse pensión compensatoria es preciso que se pruebe adecuadamente el soporte fáctico descrito en el párrafo primero del artículo 97 del Código Civil, consistente en que se produzca un desequilibrio económico en un cónyuge en relación con la posición del otro que implique un empeoramiento en la situación anterior en el matrimonio, esto es, ha de atenderse para apreciar el desequilibrio al momento de la ruptura de la «convivencia», resultando incontrovertido y pacífico que en las presentes actuaciones tal desequilibrio en su momento se produjo y así se apreció en la resolución que acordó otorgar pensión compensatoria a la apelante, con las modificaciones que posteriormente se sucedieron respecto al importe de la misma.

Desde esta perspectiva y de la prueba practicada, se considera acreditado que desde la sentencia de separación, las circunstancias personales y económicas de los cónyuges no han sufrido una variación significativa. Prácticamente, la única relevante ha sido la cesación en el cuidado de los hijos y madre de la apelante, circunstancia esta que ya

acarreo en su momento una reducción del importe de la pensión, de un 45% a un 15% de los ingresos del Sr. Ángel.

Se dice en la resolución impugnada que doña Carla ha tenido una actividad laboral retribuida, sin que a ello pueda obstarse que la misma lo fuese temporalmente, habiendo actualmente cesado o que se dependa de la oferta pública de empleo, por cuanto entiende el Juzgado *a quo* que el hecho de que el trabajo no se mantenga no elude que se haya dado anteriormente esta circunstancia.

Sin embargo este Tribunal no comparte tal razonamiento, al haberse averado que la actividad laboral en cuestión que desarrolló la Sra. Carla, consistió en su inserción en un programa de ayuda social, al ser beneficiaria de la renta básica y en virtud del cual prestó colaboración como acompañante de personas de la tercera edad durante cinco meses. Es decir se trató de una alteración inestable y meramente coyuntural. Y ésa ha sido toda la actividad laboral que ha desempeñado la recurrente, por lo que es obvio que no concurren ni uno solo de los requisitos anteriormente citados que permitan a

esta Sala entender que se ha producido una alteración sustancial, –presupuesto normativo básico y que ha de interpretarse siempre con carácter restrictivo–, en las condiciones que motivaron la adopción de la misma.

De otro lado, el hecho de que doña Carla pueda obtener algún beneficio económico como consecuencia de tener arrendado un inmueble, tampoco empece lo anteriormente expuesto, ni justifica la extinción de la pensión compensatoria ya que a pesar de ello se colige que el desequilibrio actualmente persiste.

En consecuencia y ante la falta de concurrencia de los requisitos necesarios exigidos por la doctrina jurisprudencial para apreciar la existencia de una alteración sustancial de las circunstancias económicas que justificara la supresión de la pensión en su día establecida con las modificaciones posteriores, no procede sino con estimación del recurso formulado, la revocación de la sentencia recurrida en este punto, acordando en su lugar establecer a favor de doña Carla una pensión compensatoria mensual del 15% de los ingresos que perciba don Ángel.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Procede establecer una pensión compensatoria en el procedimiento de divorcio dado que ésta fue la voluntad de las partes plasmada en el convenio regulador de la separación judicialmente aprobado aun cuando en el mismo la cantidad se fijase como contribución a las cargas del matrimonio.

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 5 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña María Jesús Real de Asúa Llona

Por lo que respecta a la pensión compensatoria de la esposa, y en cuanto al derecho a su percibo, debe recordarse que pensión alimenticia y pensión compensatoria son dos instituciones de naturaleza jurídica diferente, por cuanto la pensión alimenticia propiamente dicha, tiene su base en el deber de auxilio mutuo entre los cónyuges exigido en el artículo 68 en relación con los artículos 142 y siguientes del Código Civil, siendo incompatible con las situaciones de divorcio, puesto que disuelto el matrimonio, no se generan en cuanto a los cónyuges causa de obligación alimenticia, conforme a los artículos 143, 150 y 152 del mismo Texto Legal. Por el contrario, la pensión compensatoria encuentra su razón de ser en el desequilibrio económico experimentado por alguno de los esposos como consecuencia de la separación o el divorcio. El concepto de desequilibrio constituye un presupuesto más amplio que el de necesidad ya que se dirige a restablecer el perjuicio económico derivado de los supuestos de crisis matrimonial reseñados.

Diferenciada la pensión compensatoria de la pensión de alimentos y ciñéndonos al estudio de la pensión compensatoria, la misma constituye un derecho personal que corresponde a los cónyuges y que tiene por objeto obtener un resarcimiento

producido por el daño de carácter objetivo que ha de ponerse de manifiesto en el momento de producirse la crisis matrimonial, al generar ésta un desequilibrio económico en uno de los cónyuges, que implica un empeoramiento en la situación anterior que poseían en el matrimonio. No se trata de un derecho incondicional, como puede ser el de alimentos, pues las condiciones para su estimación son esencialmente objetivas, en cuanto se trata de confrontar las respectivas situaciones de ambos cónyuges una vez producida la separación o el divorcio, a los efectos de determinar si existe o no desequilibrio económico como consecuencia de la ruptura, de modo que su fijación no es resultado automático de la ruptura, sino que el desequilibrio económico una vez constatado, debe ser corregido en virtud de la valoración de las circunstancias expuestas en el artículo 97 del Código Civil.

En el caso enjuiciado, ciertamente en el Convenio Regulador de la separación matrimonial de los litigantes aprobado por la Sentencia de separación matrimonial, se estableció en la estipulación tercera la obligación del apelante de contribuir a las cargas del matrimonio en la cantidad de 40.000 pesetas mensuales sin que en la misma se hiciera

referencia alguna a los hijos Francisco y Carlos María. En consecuencia, de esta cláusula no puede deducirse como pretende ahora el apelante, que la voluntad de los cónyuges fue excluir la pensión compensatoria, toda vez que concurrían al tiempo de su establecimiento consensuado los requisitos legales para el nacimiento de la misma al suponer la ruptura matrimonial un empeoramiento de la situación económica de la mujer al tiempo de contraer matrimonio, evidenciado por el hecho de ser el marido que se ha venido dedicando a la promo-

ción y construcción de viviendas, el que obtenía y obtiene mucho mayores rendimientos económicos, frente a los escasos ingresos que percibía su esposa por pequeños y esporádicos trabajos, habiéndose ésta dedicado sustancialmente a la familia durante el matrimonio.

Lo expuesto conduce a considerar que en realidad la voluntad de las partes litigantes expresada en el convenio regulador judicialmente aprobado fue fijar a favor de la esposa una pensión compensatoria.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Procede la extinción de la pensión compensatoria al cumplirse la condición prevista en el convenio regulador de la separación, habiéndose constatado que la beneficiaria desarrolla un trabajo remunerado por el que percibe ingresos superiores a los pactados en el convenio para la extinción de la pensión.

AP MURCIA, SEC. 5.ª, SENTENCIA DE 7 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don José Manuel Nicolás Manzanares

En el concreto supuesto que nos ocupa la pensión compensatoria fue establecida por el convenio regulador de la separación y en el mismo se previó con meridiana claridad que «dicha pensión sólo podrá ser modificada a tenor de los dictados de los artículos 100 y 101 del Código Civil, y en el caso en que la esposa realizase un trabajo remunerado, y sus ingresos fueran de 90.000 pesetas se reducirá la pensión en un treinta por ciento, y en caso de percibir unos ingresos por su trabajo, superiores a las cien mil pesetas, desaparecerá la totalidad de la cuantía de la pensión compensatoria que se compromete a pasar el esposo», por lo que, como muy bien aprecia la Juzgadora de instancia, concurriendo esa causa de extinción pactada, es improcedente establecerla ahora en el divorcio, ya que nace el derecho en razón a la existencia de un desequilibrio en el momento del

cese de la convivencia y las partes ya determinaron en ese momento su alcance.

Pero es más, fueron los propios cónyuges los que, para dar solución al desequilibrio patrimonial creado como consecuencia de la separación, fijaron la cuantía de la pensión compensatoria en la cantidad de 25.000 pesetas (150,25 euros), actualizable anualmente de acuerdo con el IPC que publicara el Instituto Nacional de Estadística u organismo similar, por lo que una vez que la esposa se ha incorporado de manera efectiva al mundo laboral, ha encontrado un empleo y tiene unos ingresos mensuales que en el mes de marzo de 2002 ya ascendían a un total líquido de 838,3 euros, no puede sino que considerarse que aquel desequilibrio ha desaparecido, sin que nada justifique que quien fue su esposo deba seguir abonándole una pensión compensatoria.

PENSIÓN COMPENSATORIA

El principio dispositivo y la debida congruencia de las sentencias impiden que se pueda conceder una pensión compensatoria por mayor cuantía a la solicitada.

AP VIZCAYA, SEC. 4.^a, SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Reyes Castresana García

En lo relativo a la problemática referente a la pensión compensatoria del artículo 97 del Código Civil, del examen de las presentes actuaciones, resulta que: a) Promovida demanda por don Eusebio de separación matrimonial, interesaba, entre otros pronunciamientos, la fijación de una pensión compensatoria a favor de la esposa de 120 euros mensuales, con un límite temporal de 5 años, y que deberá ser objeto de revisión anualmente según el IPC; b) Emplazada en legal forma la demandada doña Olga, no compareció en el plazo legal para contestar a la demanda, por lo que fue declarada en situación procesal de rebeldía, por providencia de fecha 23 de septiembre de 2003; c) Dicha situación procesal fue alzada con fecha 14 de noviembre de 2003 al personarse y mostrarse parte en este proceso, y, d) En la celebración del juicio, que tuvo lugar el día 17 de noviembre siguiente, tras afirmarse la parte demandante, la parte demandada manifestó que existe acuerdo de las partes desde hace años por el que el demandante viene pagando 600 euros mensuales y la mitad de las pagas extraordinarias, lo que no se debe alterar, interesando la cantidad de 300 euros en concepto de alimentos para la hija Blanca y otros 300 euros como pensión compensatoria.

A la vista de lo expuesto, no cabe duda para este Tribunal que debe acogerse el primer motivo de impugnación del apelante y rechazarse el recurso de apelación de la demandada, porque la sentencia dictada en la primera instancia ha resultado incongruente con los términos del debate, con infracción de lo dispuesto en el artículo 218.1.º de la LECn, que establece que la sentencia debe ser congruente con la demanda y con las demás pretensiones de las partes deducidas oportunamente en el pleito. En la demanda, se interesó la fijación de la pensión compensatoria de la esposa en la cantidad de 120 euros durante el tiempo máximo de cinco años, siendo que la demandada no formuló contesta-

ción a la demanda, interesando mayor cuantía y sin litimación temporal, según lo dispuesto en los artículos 770.2 y 753 de la LECn; todo ello teniendo en consideración que tal derecho no tiene acomodo en las medidas a adoptar de oficio (*vid.* Sentencia del Tribunal Supremo de 2 de diciembre de 1987), por lo que, rigiéndose por el principio dispositivo, la mayor pretensión de la demandada debió ser introducida en la contestación a la demanda, trámite que dejó precluir la parte demandada, sin que sea dable introducir dichas pretensiones –mayor montante económico y duración ilimitada– en el acto de celebración del juicio verbal. Todo ello en virtud del artículo 412 de la LECn, que dispone que, establecido lo que es objeto del proceso en la demanda y en la contestación, las partes no podrán alterarlo posteriormente, sin perjuicio de la facultad de formular alegaciones complementarias, a que se refiere el artículo 426 de la LECn, que permite, sin alterar sustancialmente sus pretensiones ni los fundamentos de éstas expuestos en los escritos de demanda y contestación, efectuar alegaciones complementarias en relación con lo expuesto de contrario, así como aclarar las alegaciones que hubieren formulado y rectificar extremos secundarios de sus pretensiones, siempre sin alterar éstas ni sus fundamentos. Es decir, a tenor de los anteriores preceptos legales, no le es dable a la parte demandada-apelada alterar los términos del debate, introduciendo en el acto de la vista del artículo 770 LECn, tras precluir los traslados de demanda y contestación, a que se refiere el artículo 753 de la LECn, nuevas pretensiones que suponen una alteración del objeto tal como quedó en fase de alegaciones, causándose indefensión a la parte demandante.

En resumen, se fija la pensión compensatoria a favor de la esposa en el importe mensual de 120 euros durante el tiempo máximo de cinco años.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Procede reconvertir la pensión alimenticia reconocida en la sentencia de separación a favor de la esposa en una pensión compensatoria durante el proceso de divorcio.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 19 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Juan Miguel Jiménez de Parga Gastón

En los supuestos como el de autos en los que se concedió a la esposa una pensión alimenticia en la causa de separación matrimonial, es dable, en el posterior proceso de divorcio, y ante la pérdida de la prestación alimenticia que se produce por la disolución del vínculo conyugal, por la consecuencia de desaparecer el grado de parentesco que faculta a los cónyuges a exigirse recíprocamente los alimentos, que pueda ser reconocida una prestación compensatoria por desequilibrio económico del artículo 97 del Código Civil, o en su caso del artículo 84 del Código de Familia de Cataluña, al tiempo del divorcio, ante la situación económicamente desfavorable de la pérdida de la pensión alimenticia que venía percibiendo uno de los consortes, siempre claro está que se den todos y cada uno de los presupuestos de la pensión compensatoria regulada en aquellos preceptos sustantivos, y sin que la cuantía de la prestación de tal naturaleza, así concedida, pueda exceder del montante determinado para la alimenticia revalorizada desde el momento histórico de su concesión.

Por tales consideraciones, observadas en la sentencia de divorcio apelada, y en atención a la

acreditación del desequilibrio económico que la disolución del matrimonio produce a la esposa, de 63 años de edad, dedicada desde la celebración del vínculo conyugal el 18 de junio de 1961 al cuidado de la familia, salvo un breve período temporal que trabajó en una panadería, causando baja y accediendo a una situación de invalidez provisional, y las inviables posibilidades de acceder ya al mercado laboral, por su edad y falta de cualificación profesional, procede, ante la pérdida además de la pensión alimenticia, la concesión de la pensión compensatoria reconocida en la sentencia de divorcio, del orden de 140,41 euros mensuales, actualizables y pagaderos en la forma determinada en la resolución apelada.

La cuantía de la indicada prestación compensatoria es asumible por el obligado, que es perceptor de una pensión de jubilación de 556,53 euros mensuales netos, amén del capital resultante de la liquidación del régimen económico matrimonial, cifrado en 15.939.459 pesetas, y tras la adjudicación de la totalidad del dominio sobre la vivienda que fue conyugal.

PENSIÓN COMPENSATORIA

El percibo de la pensión compensatoria es compatible con el desarrollo de un trabajo que proporcione ingresos adicionales, salvo, obviamente, que esos ingresos adicionales supongan que el desequilibrio o desigualdad entre la situación económica de los cónyuges o ex cónyuges ha desaparecido o se ha atenuado hasta hacerlo poco relevante.

AP BARCELONA, SEC. 12.^a, SENTENCIA DE 21 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don José Luis Valdivieso Polaino

El Juzgado suprime la pensión compensatoria porque, cuando se fijó la pensión, la esposa no trabajaba y después lo ha estado haciendo, en que percibía una pensión de invalidez de 360 euros al mes y en que ha tenido un inquilino al que cobraba 300 euros al mes, estando en disposición de tener otros, pues

dispone de dos habitaciones libres que tiene en oferta para su arrendamiento a terceros. No compartimos de ninguna manera este planteamiento que hace el Juez de Primera Instancia.

Lo primero que ha de señalarse es que este tribunal no ha sabido ver dónde se acredita que la

señora Raquel percibe la pensión por invalidez a la que se hace referencia en la sentencia, pese a que, de forma un tanto sorprendente, la señora Raquel no niega en su recurso, específicamente, que perciba dicha pensión, aunque sí lo niega de manera genérica, al decir, en la página 4 del recurso, párrafo segundo, que «... la simple percepción de ingresos (que en cualquier caso, tampoco percibe, como hemos apuntado), no sería óbice para la extinción del derecho». En su declaración en el juicio también lo negó, pues, aunque nadie le preguntó por este asunto de la pensión, ella bien claramente dijo que estaba con 36.000 pesetas al mes, signo evidente de que no reconocía tener ese ingreso que le atribuye el Juez, de cuantía coincidente con la fijada inicialmente para la pensión compensatoria. Repetimos que en los autos no consta ningún documento que se refiera a esta cuestión. De otro lado no parece que la señora Raquel tuviese cotizaciones suficientes para obtener una pensión contributiva de invalidez [no llega a los 5 años, que es el mínimo exigido por el artículo 138.2.b) de la Ley General de la Seguridad Social] y las no contributivas no tienen el importe que se menciona (para 2003 la cuantía era de 268,77 euros al mes en 14 pagas al año y para 2004 es de 276,3 euros, según consta en las respectivas leyes de presupuestos), ni se ha alegado que la interesada presente patologías que la hagan tributaria de la repetida prestación. No se acepta, por tanto, que la ya ex esposa perciba esa prestación por invalidez permanente que menciona el Juzgado.

En segundo lugar hemos de decir algo que nos parece también evidente y que resulta, además, en este caso, del convenio regulador. Repetidamente viene señalando este tribunal que el percibo de la pensión compensatoria, en su importe originario, es compatible con el desarrollo de un trabajo que proporcione ingresos adicionales, salvo, obviamente, que esos ingresos adicionales supongan que el desequilibrio o desigualdad entre la situación económica de los cónyuges o ex cónyuges ha desaparecido o se ha atenuado hasta hacerlo poco relevante. No puede pretenderse que los beneficiarios de estas prestaciones se mantengan sólo con ellas y deban renunciar a tener ingresos adicionales, so pena de perder la pensión compensatoria. Porque hay que ser realistas: con las cuantías que muchas veces se fijan, los beneficiarios (beneficiarias normalmente) no pueden mantenerse, como es bien evidente. En este caso, la señora Raquel pasó a percibir al separarse 60.000 pesetas, con las que es obvio que no podía mantenerse de ninguna manera, pues tenía que pagar los gastos de vivienda (la hipoteca que gravaba y grava el inmueble en el que reside) y los demás precisos para la vida. Tenía que trabajar y así lo hizo y no puede ahora desprenderse de esa actividad necesaria la drástica consecuencia de extinguir la prestación. Sobre todo teniendo

en cuenta que ésa es una situación pasada, realizada durante la vigencia de la sentencia de separación y, para ese período de la separación, bien claramente establece el convenio regulador de tal separación que la pensión subsistiría aunque la beneficiaria trabajase, siempre que el salario percibido por ese trabajo no superase el doble del salario mínimo.

Resulta por tanto completamente inadmisibles, como señala la recurrente, que, ahora, llegado el momento del divorcio, se extraiga del trabajo durante la separación una consecuencia expresamente rechazada en el convenio que reguló esa situación.

Tampoco puede extraerse del convenio la consecuencia que pretende el recurso, esto es la de mantener la pensión mientras no se constate que la beneficiaria tiene un salario que le reporte esos ingresos superiores al doble del salario mínimo. Una vez más ha de recordarse que se trata del convenio de la separación y que, por tanto, no resulta admisible que se pretenda, sin que el propio convenio lo diga, que regule también el divorcio, que es situación posterior, distinta y, sobre todo, de duración indefinida.

Lo que auténticamente procede es comprobar si, pese a los ingresos que ha podido tener la señora Raquel con posterioridad a la separación, subsiste la situación de desequilibrio económico entre ambas partes, a lo que hay que contestar necesariamente de manera afirmativa. En primer lugar, aunque el convenio de separación no puede regular el divorcio, lo cierto es que en él se parte de que, aunque la esposa trabaje, la situación de desigualdad subsistirá aunque la entonces esposa tenga unos ingresos no superiores al doble del salario mínimo. Luego si éste es el punto de partida del convenio y no se ha alegado que el señor Blas tenga ahora una situación peor, no hay más remedio que llegar a la conclusión de que actualmente el desequilibrio persiste, porque la señora Raquel no tiene trabajo y porque los que ha tenido en el pasado han sido muy discontinuos, poco cualificados y con retribución escasa. Esa situación contrasta con la del marido, que tiene una empresa en actividad semejante a la que tenía cuando la separación, según él reconoció en el juicio. Esa actividad es evidente que permitió a la familia mantenerse durante el matrimonio, pues la esposa no trabajaba y, además, acumular un pequeño patrimonio, que se detalla en el convenio regulador. Luego si tiene esa actividad, si la misma produjo en el pasado los rendimientos suficientes a los indicados efectos, si la esposa se dedicó siempre a la familia, durante un matrimonio que duró 25 años y si, ahora, la señora Raquel tiene sólo trabajos eventuales, mal pagados y poco cualificados, es patente a nuestro juicio que el desequilibrio no ha desaparecido ni mucho menos, por lo que procede mantener la pensión compensatoria que se estableció en la separación.

CUESTIONES PROCESALES

Cuando no hay pronunciamiento expreso en la sentencia de divorcio sobre las medidas, deben entenderse que seguirán rigiendo las fijadas en su día en la separación.

AP CASTELLÓN, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don David Gerico Sobrevela

En cuanto al motivo de impugnación de la sentencia que realiza el demandado, ha de entenderse ya se habían establecido unas medidas definitivas en la sentencia de separación, por lo que no es preciso pronunciarse *nominatim* sobre cada uno de los puntos a que se refieren los artículos 91 y siguientes

del Código Civil; bien entendido que respecto de aquellas sobre las que no haya pronunciamiento expreso regirán las que ya se habían acordado con carácter definitivo, lo que se recoge, para mayor claridad, en la parte dispositiva de esta resolución.

CUESTIONES PROCESALES

La solicitud de adopción o modificación de la pensión alimenticia en favor de los hijos mayores de edad del matrimonio resulta extemporánea cuando no se insta en los escritos de demanda o de contestación.

AP MÁLAGA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 23 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Manuel Torres Vela

El segundo motivo de recurso debe tener favorable acogida, por cuanto, ejercitada por el actor la acción de divorcio, para que pueda acordarse la adopción de alguna de las medidas del artículo 103 del CC o la modificación de las acordadas con anterioridad a instancia de la parte demandada es necesario que se formulen en los escritos rectores del proceso –demanda o contestación– o en el caso de la demandada a través de la oportuna demanda reconvenzional, como se prevé en los artículos 770.2 y 775.3 de la LEC, de tal modo que al no hacerlo en la forma expresada, pues ni siquiera formuló escrito de contestación a la demanda, le estaba vedado realizarlo en el acto de juicio oral, al

igual que aportar prueba documental en apoyo de su pretensión, que debió acompañar en su caso con el escrito de contestación a la demanda conforme a lo establecido en el artículo 265 y siguientes de la LEC, por lo que la solicitud de adopción o modificación de la pensión alimenticia en favor de los hijos mayores de edad del matrimonio resultó extemporánea e infringió los preceptos mencionados, siendo procedente, en su virtud, con estimación del recurso estudiado en dicho particular, lo que hace innecesario el estudio de los demás motivos invocados, dejar sin efecto el pronunciamiento impugnado atinente a la pensión alimenticia acordada en favor de los referidos hijos.

CUESTIONES PROCESALES

Corresponde al cónyuge el elegir si litiga con cargo a la comunidad de gananciales o bien pedir el beneficio de justicia gratuita.

AP NAVARRA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 8 DE NOVIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Eduardo Valpuesta Gastaminza

Como segunda medida a modificar, solicita la apelante que le sean concedidas las «litis expensas» solicitadas. Argumenta a estos efectos que no pudo pedir el beneficio de justicia gratuita, pues le habría sido denegado por cuanto que los ingresos de su marido exceden del mínimo exigido. Esta pretensión debe admitirse. La jurisprudencia menor se ha venido planteando cómo resolver el conflicto entre los artículos 1318 CC, que establece a cargo de la sociedad de gananciales los gastos por costas judiciales, con el artículo 3.3 de la Ley 1/1996, de Asistencia Jurídica Gratuita, conforme al cual si el solicitante de justicia gratuita acredita la existencia de intereses familiares

contrapuestos podrán ser valorados individualmente sus ingresos. La posición mayoritaria es la que estima que el cónyuge podrá elegir entre litigar con cargo a la comunidad de gananciales o pedir el beneficio de justicia gratuita, dado que no se le puede abocar a intentar litigar como pobre con las limitaciones que ello conlleva, además de que puede que su solicitud sea o no aprobada. En este sentido se pueden citar, entre otras muchas, las Sentencias de las Audiencias Provinciales de Cantabria de cinco de enero de 2002, o de Alicante, Sección 4.ª, de diez de abril de 2003. Por lo tanto, procede conceder las litisexpensas en la cuantía solicitada.

CUESTIONES PROCESALES

La madre tiene legitimación para solicitar la pensión alimenticia a favor de la hija, aunque ésta lleve residiendo temporalmente seis meses en otro país por la concesión de una beca.

AP CIUDAD REAL, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 24 DE NOVIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña María Pilar Astray Chacón

En lo que respecta al pronunciamiento relativo a la supresión de la pensión alimenticia a favor de la hija mayor de edad, ha de compararse la argumentación de la Sentencia de Instancia. No cabe cuestionar la legitimidad de la madre para solicitar la pensión alimenticia a favor de la hija, por el hecho de que residiese temporalmente –durante seis meses– en otro país por la concesión de una beca, ni que dados los ingresos que implica la misma quepa postular la

total independencia de la hija que aconseje la supresión de la pensión, máxime cuando la Sentencia de Instancia ya prevé una limitación temporal para la misma, constituyendo una previsión razonable del tiempo necesario para que la misma acceda al mercado laboral de una forma mínimamente estable, y que dadas las condiciones que se examinan –ingresos del alimentista y necesidades de la misma– se fija en una cuantía que en modo alguno se considera excesiva.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Resolución en fase de ejecución de sentencia de cuestiones relacionadas con el cese de convivencia aun cuando las mismas no estuviesen perfectamente detalladas en la parte dispositiva.

AP ZARAGOZA, SEC. 5.ª, AUTO DE 1 JUNIO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Luis Pastor Oliver

El motivo fundamental de oposición a la ejecución, aunque en el recurso de apelación se amplíe, es básicamente el que la sentencia es declarativa y que, por tanto, al no ser de condena, no puede ser objeto de ejecución (artículo 521 LEC). No es exactamente eso lo que sucede, sino que el fallo de la sentencia de separación no identifica de forma explícita el contenido de lo pretendido por la esposa. Así, el fallo de la sentencia firme no discierne entre gastos ordinarios y extraordinarios relativos a la hija común, ni respecto a los gastos de mantenimiento de los bienes comunes.

El auto recurrido entra a decidir el fondo de las cuestiones planteadas sin resolver previamente si para ello era o no necesario su constancia explícita en la sentencia firme. En esta línea (en relación, pues, con el contenido del artículo 517 LEC), esta Sala ya se pronunció en el sentido de que en materia matrimonial la sentencia final que regula las nuevas relaciones entre los antes cónyuges no puede recoger todos los detalles personales o patrimoniales que la rica y variopinta realidad social trae consigo. Lo cual no significa que sean materias sin regular, dejadas al albur o voluntad de los ex cónyuges, y tampoco se trata de circunstancias nuevas que exijan un pronunciamiento por cambio esencial de las mismas. Por

lo que no puede afirmarse que lo planteado no esté en el contexto de la sentencia cuya ejecución se insta.

Llegados a esta conclusión habrá que resolver las cuestiones concretas que se plantean.

Coincide este Tribunal con el auto y con el aquietamiento de la ejecutante en que los gastos de la vivienda familiar que ocupa, a ella le corresponde su satisfacción.

No así el IBI del domicilio conyugal, que se considera un gasto ordinario que favorece directamente a quien lo utiliza. Sin perjuicio de esos reequilibrios patrimoniales en fase de liquidación, que —en su caso— procedan.

Este mismo argumento servirá para mantener el auto recurrido respecto al IBI del inmueble de Biescas, ya que la propiedad pertenece a ambos cónyuges y, sin embargo, no existe un derecho de uso exclusivo.

En cuanto a los gastos de matrícula universitaria de la hija común, su naturaleza de no periodicidad y su cuantía, superior a una mensualidad, la hacen extraña al núcleo de gastos ordinarios a que atiende el concepto de pensión alimenticia.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Si no se indica nada al respecto en el convenio regulador, el IPC aplicable para actualizar la pensión será el general y no el específico de una determinada Comunidad Autónoma.

AP ZARAGOZA, SEC. 5.ª, AUTO DE 10 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio Luis Pastor Oliver

Tiene razón el recurrente en cuanto a que si nada se dice respecto a qué índice ha de ser el actualizador, habrá de ser el nacional, pues resulta comprensivo de los diferentes domicilios que pudieran tener las partes en conflicto. Por lo tanto, al primer período le será de aplicación el 0,7 % y al segundo el 4,1 %.

Esto supondrá que en el año 2002 las pensiones debieran de ascender a 7.988,88 euros ($665,04 \times 12$), y en el año 2003 a 8.316,48 euros ($693,04 \times 12$), lo que da un total de 16.305,36 euros. Si lo pagado fueron 16.206,93 euros (esto no lo discute el ejecutado), la deuda de éste ascenderá a 98,43 euros.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Admisibilidad de oponer la excepción de pluspetición ante una demanda de reclamación de pensiones alimenticias.

AP SEVILLA, SEC. 6.ª, AUTO DE 23 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Marcos Antonio Blanco Leira

Es objeto de recurso auto judicial que acuerda despachar ejecución en reclamación del pago de la pensión alimenticia por el período que se dice. La resolución recurrida estima la oposición fundada en plus petición, y acuerda la ejecución por cierta cuantía y manda en consecuencia que siga adelante, pero añadiendo que habiendo sido ya consignada por el ejecutado, acuerda que se entregue al ejecutante, sin imposición de costas.

Impugnó asimismo la resolución la parte ejecutante por entender que no cabe alegar la excepción de plus petición que sólo estaría reservada para las oposiciones a ejecuciones fundadas en títulos no judiciales, lo cual es absurdo, porque, sin perjuicio de que la sentencia que se trata de ejecutar

tiene claro encaje en el supuesto del artículo 517.2.9.º, y que por tanto entraría en la previsión del artículo 557.1, ambos de la LEC, es lo cierto que la excepción tal y como ha sido alegada guarda más relación con la invocación de pago contenida en el artículo 556.1 de idéntico cuerpo legal, y en todo caso es obvio que si se reclama en exceso, porque se pida más de lo concedido por la sentencia, o porque dicho exceso derive de encontrarse pagada total o parcialmente la reclamación, es obvio que, por uno u otro cauce, tal circunstancia podrá ser invocada y estimada, procediendo pues la desestimación de la impugnación del auto recurrido, sin especial pronunciamiento respecto de las costas de esta alzada por los mismos motivos antes expuestos.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Eficacia del pago realizado en la cuenta bancaria de la esposa aun cuando la misma no fuese la designada para el pago de la pensión alimenticia.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, AUTO DE 22 DE JULIO DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Ana M.ª García Esquius

Respecto a la pensión de alimentos, resulta suficientemente probado que el deudor Sr. Óscar había ingresado las cantidades con anterioridad a su reclamación en una cuenta de la que era titular la Sra. Natalia y en consecuencia el pago efectuado debe surtir efecto liberatorio pues como dice el artículo 1162 del CC, el pago deberá hacerse a la persona en cuyo favor estuviese constituida la obligación y aún

cuando el artículo 1171 añade al respecto que el pago deberá ejecutarse en el lugar que hubiese designado la obligación, efectuándose en cuenta bancaria de la que es titular la deudora y no acreditado que con anterioridad se hubiera designado como único domicilio la cuenta del BBVA, pues no olvidemos que el auto de Medidas es de fecha 20 de octubre de 2000, esta concreta causa de oposición debía prosperar.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Estimada la oposición despachada por el importe del IBI ya que en el auto de medidas no se contenía este tipo de pronunciamiento.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, AUTO DE 22 DE JULIO DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Ana M.ª García Esquius

Igualmente, por lo que respecta al abono del IBI, no procedía despachar ejecución por cantidad alguna imputable a este concepto ya que en el auto cuya ejecución se insta no se contiene condena a la obligación de contribuir al pago de dicho Impuesto. El auto de Medidas se limita a fijar una contribución por cargas para atender a las necesidades del hijo menor de 60.000 pesetas mensuales, con más la cantidad de 25.000 para cada uno de los dos hijos

mayores de edad que aún cursan estudios. En este sentido el auto despachando ejecución no podía ir más allá de lo que dispone el título ejecutivo en virtud del cual se despacha la ejecución, o sea, el auto de Medidas Provisionales dictado en fecha 20 de octubre de 2000, pues de lo contrario se produciría infracción de lo dispuesto en los artículos 517 y 551 de la LEC, pues el auto de ejecución debe acomodarse a la naturaleza y al contenido del título ejecutivo.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Procede la revocación del auto del juzgado que no admitió a trámite una demanda de ejecución en la que se pedía el cumplimiento del pacto del convenio regulador en el que los cónyuges pactaron que cualquiera de ellos podría comprar el inmueble familiar en el plazo de tres años y por un precio que se fijó en 192.323,87 euros, adjudicándose lo cualquiera de los cónyuges por abono al otro, de la mitad de esa cantidad.

AP BARCELONA, SEC. 18.ª, AUTO DE 22 DE JULIO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Antonio López Carrasco Morales

El Auto de 26 de abril de 2004, del Juzgado de Primera instancia núm. 17 de Barcelona, recaído

en expediente 152/2004, ejecutoria de Derecho de Familia, que confirma lo proveído en auto anterior

de 18 de febrero, es recurrido por la actora y ejecutante doña Nieves, por entender que la petición contenida en su demanda ejecutiva contra su marido Sr. Daniel, no es sino la ejecución del título judicial, contenido en la sentencia de separación de 5 de julio de 2002, que aprobó el Convenio Regulador de 30 de mayo de ese año, que preveía el hecho de poder comprar, cualquiera de los esposos, en plazo de tres años, el domicilio conyugal sito en Barcelona, c/ DIRECCIÓN0000 NÚM0000, escalera NÚM0001, NÚM0002, NÚM0003, y por un precio que se fijó en 192.323,87 euros, adjudicándose lo cualquiera de los cónyuges por abono al otro, de la mitad de esa cantidad, y si en ese plazo no hacían uso de tal derecho, se obligaban a aceptar cualquier oferta de tercer comprador, por 192.323,87 euros o por más cantidad, con reparto del precio neto (después de deducir comisiones y gastos de Agencia). En consecuencia la actora entendió que con el título ejecutivo (sentencia judicial) podía efectuar en fase de ejecución lo que se había planteado, y no tener que acudir a otro procedimiento, como expresa el Fundamento de Derecho segundo del auto de 18 de febrero de 2004, ni deber ponerse de acuerdo las dos partes para adquirir o vender el piso, (pues ya lo fue). Combate pues el final del Fundamento Primero del auto de 26 de abril 2004, y como quiera que ya se cumplió la comunicación de la Sra. Nieves al Sr. Daniel de querer adquirir el referido piso en las condiciones estipuladas (documento núm. 3 aportado con la demanda, de fecha 18 diciembre 2003), es por lo que solicitó revocar dichas resoluciones que inadmiten *ad liminem litis* la demanda ejecutiva.

Tiene razón la ejecutante y recurrente en su petición de ser admitida a trámite la demanda ejecutiva. Lo que pide la Sra. Nieves en base a un título judicial (Sentencia firme de separación de 5 junio 2002, aprobatoria de Convenio de 30 mayo 2002), es que se despache ejecución en virtud de

los términos contenidos en el título ejecutorio de la sentencia, lo cual aparece adornado con todos los requisitos de forma para que pueda y deba despacharse ejecución, en sede de los artículos 517.1.º, 548, 549.5, en relación con el artículo 538. Por tanto, habiéndose aportado los documentos del artículo 550.1 y 2 y 551, debió despacharse ejecución, sin perjuicio de lo que el ejecutado pudiera oponer a la petición de la ejecutante. Se trata de una ejecución de condena de hacer (artículo 699 de la LEC) para que el ejecutado cumpla lo ya establecido en sus propios términos. La exigencia de nuevo procedimiento declarativo de división de cosa común es improcedente, dada la remisión que el artículo 776 de la Ley Adjettiva 1/2000, hace a lo dispuesto en el Libro III, sobre la ejecución forzosa de pronunciamientos de medidas, en procesos matrimoniales. Por tanto, es de aplicar lo dispuesto en el artículo 522.2.º, de dicha Ley Procesal cuando expresa que podrán pedir quienes hayan sido parte en el proceso, a los Tribunales, aquellas actuaciones precisas para la eficacia de las sentencias constitutivas y para vencer eventuales resistencias a lo que dispongan.

No se trata pues de ejecutar sentencias meramente declarativas o constitutivas, no susceptibles de despacho de ejecución (situación contemplada en el artículo 521 de la LEC, distinta a la de autos). La eventualidad de las acciones de condena tienen un apoyo en una sentencia que no es de tal carácter. Consiguientemente, procede revocar el auto de 18 de febrero y 26 de abril de 2004, con devolución de las actuaciones al Juzgado de procedencia, para que proceda a la admisión de la demanda ejecutiva, con traslado al ejecutado en los términos expresados en los artículos 556 y siguientes y concordantes, para que pueda formular oposición y seguido el procedimiento ejecutivo, dicte la resolución que sea oportuna y ajustada a Derecho.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Admisibilidad de que, como motivo de oposición ante una demanda por impago de pensiones alimenticias, pueda oponerse el hecho extintivo de la obligación de pago cuando la hija ya es económicamente independiente.

AP GIRONA, SEC. 2.ª, AUTO 20 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Joaquín Fernández Font

En el segundo motivo del recurso la apelante denuncia la infracción de los artículos 556.1 y 775 de la LEC. Razona que el único motivo de oposición esgrimido por el demandado frente a la demanda

ejecutiva, que se basaba en que no había abonado la cantidad reclamada porque la hija mayor tenía ya independencia económica, no se halla comprendido dentro de ninguna de las causas de oposición

que por motivos de fondo permite alegar el artículo 556.1 cuando de ejecución de títulos judiciales se trate. Añade que la extinción de la obligación del ejecutado de pagar una pensión por alimentos a su hija debió deducirla en el procedimiento de modificación de medidas previsto en el artículo 775 de la propia LEC.

No se niega en ningún momento que la hija, efectivamente, goza de independencia económica ni que haya disfrutado de ella durante todo el tiempo al que se contrae la reclamación.

Consecuentemente, no cabe duda que este motivo de recurso es de naturaleza exclusivamente formal, pretendiendo hacer abstracción de la realidad incuestionable y aceptada de que la hija a favor de quien se reclama una suma de dinero por alimentos es económicamente independiente y no vive con la madre demandante.

La sentencia del TC (Sala Segunda) de 19 de julio de 1993 dice que la ejecución de las sentencias en sus propios términos forma parte, en efecto, del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva de los jueces y Tribunales, ya que, en caso contrario, las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconozcan o declaren no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna. Más concretamente, el derecho a la ejecución impide que el órgano judicial se aparte sin causa justificada de lo previsto en el fallo que ha de ejecutar, o que se abstenga de adoptar las medidas necesarias para proveer a la ejecución de la misma, cuando ello sea legalmente exigible. El contenido principal del derecho consiste, pues, en que esa prestación jurisdiccional sea respetuosa con lo fallado y enérgica, si fuera preciso, frente a su eventual contradicción por terceros (TC SS 32/1982, 125/1987, 153/1992). En el mismo sentido se pronuncian las sentencias del TC 67/1984, 176/1985, 125/1987 y 210/93, entre otras.

Añade la sentencia de este mismo Tribunal de 10 de febrero de 1997 que la ejecución de las sentencias forma parte del derecho a la tutela efectiva de los jueces y Tribunales, ya que en caso contrario las decisiones judiciales y los derechos que en las mismas se reconocen o declaran no serían otra cosa que meras declaraciones de intenciones sin alcance práctico ni efectividad alguna. Más concretamente, el derecho a la ejecución impide que el órgano judicial se aparte, sin causa justificada, de lo previsto en el fallo que ha de ejecutar, o que se abstenga de adoptar las medidas necesarias para proveer a la ejecución de la misma, cuando ello

sea legalmente exigible, (SS 125/1987, 215/1988, 153/1992, entre otras).

Partiendo de la anterior doctrina, bien puede afirmarse que el pago de alimentos a favor de un hijo es una obligación legal propia del derecho de familia (artículos 259 y siguientes del Codi de Família) sometida a una condición resolutoria, consistente en que el alimentista no precise los alimentos por haber alcanzado una independencia económica suficiente [artículo 271.1.c) del mencionado Codi]. En consecuencia, afirmada la obligación de pago, bien puede oponer el demandado su extinción por la producción del hecho extintivo de la prestación que constituye su objeto, lo que entra de lleno dentro del supuesto contemplado en el artículo 556.1 de la LEC.

Acreditado con base a las pruebas practicadas en la vista, convocada con arreglo a lo dispuesto en el artículo 560 de la Ley procesal, y más concretamente por la declaración de la propia hija con derecho a la prestación de alimentos, que la acreedora tiene independencia económica, se ha producido el hecho extintivo de la obligación de pago, por lo que la reclamación deducida no puede prosperar.

En cualquier caso, en supuestos como el presente, que si se quiere no deja de ser minoritario, en los que se demuestra de forma tan evidente la concurrencia del hecho determinante de la extinción de la obligación cuyo cumplimiento se exige, es completamente contrario ya no sólo a la economía procesal, sino también a la justicia material pretender que el deudor haya de acudir por sistema a un procedimiento de modificación de medidas y entre tanto seguir pagando la pensión de alimentos.

La solución propugnada por la apelante supondría que, aún sabiendo y conociendo que su hija además de mayor de edad, es económicamente independiente, ya que dicho conocimiento tampoco se ha negado en ningún momento, la madre siguiese percibiendo unas sumas que tan sólo corresponden a su hija y que se abonan en función de una situación (dependencia económica) que ha desaparecido. Hay que recordar, además, que en la sentencia de divorcio que aprobó el convenio regulador presentado por los litigantes, ninguna prestación económica se imponía al ejecutado a favor de la ejecutante, por lo que su petición implica un auténtico fraude de ley que los Tribunales no pueden amparar, ni siquiera al socaire de puros formalismos interpretados de manera completamente torcida, bendiciendo una pretensión basada en la mala fe.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Se considera ganancial el 50% de los títulos valores adquiridos vigente la sociedad ganancial, a nombre del marido y de su madre, pues al no acreditarse la proporción de su titularidad ha de entenderse de por mitad, y en aplicación de la presunción de ganancialidad al no probarse que los adquiriera por herencia de su padre.

AP ASTURIAS, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Nuria Zamora Pérez

La apelante, doña Alicia, al preparar el recurso de apelación lo hizo por tres motivos: 1) La exclusión del activo de la sociedad de gananciales de los valores mobiliarios depositados en el Banco Herrero, actualmente Banco Sabadell. 2) La exclusión del pasivo de la sociedad de gananciales de las cuotas de amortización del préstamo hipotecario que habían sido satisfechas, según la recurrente, por ella en exclusiva. 3) Considerar que la fase procesal de formación del inventario no es el momento en el que ha de procederse a la valoración de los bienes, sino que el avalúo debe diferirse a la fase de partición.

Llegado el momento de interposición del recurso, éste sólo se formaliza por los motivos primero y tercero, omitiendo toda alegación en relación al segundo, que debe ser desestimado, al ignorar el tribunal de apelación los argumentos en los que la parte apelante basa su discrepancia con la sentencia de instancia, no quedando desvirtuada, en este punto, la fundamentación jurídica que en ella se contiene.

En cuanto al primero de los motivos del recurso, el relativo a la exclusión del activo de la sociedad de gananciales, los títulos valores depositados en el Banco Herrero, las razones que llevan al juez de instancia a esa convicción son dos, tal y como se recogen en el fundamento de derecho cuarto de la sentencia de instancia. En primer lugar la respuesta facilitada por el propio banco en el sentido de que doña Alicia nunca había figurado como titular de una cuenta depósito de valores mobiliarios. En segundo lugar el hecho de que la apelante admitiera ignorar su origen, manifestación que se ve completada con la declaración de don Andrés, en el sentido de que esos títulos valores eran de su propiedad exclusiva al haberlos heredado de su padre.

Frente a esa conclusión se alza la parte apelante insistiendo en el carácter ganancial de los mismos, debiendo entrar en juego la presunción de ganancialidad recogida en el artículo 1361 del Código Civil, presunción que no se ha visto desvirtuada en el caso de autos.

Planteado dicho motivo del recurso en los términos expuestos ha de ser estimado parcialmente.

En primer lugar, hemos de dejar claro que el hecho de que la apelante no figure como cotitular de la cuenta de depósito de títulos valores no es razón suficiente para negar su carácter ganancial. Lo realmente determinante al respecto es el concretar la fecha de su adquisición, en particular si lo fue con antelación al matrimonio o bien si ha tenido lugar constante el mismo, pues que en este segundo supuesto, como acertadamente apunta la parte recurrente, entraría en juego la presunción de ganancialidad. Ciertamente que hablamos de una presunción *iuris tantum*, que admite prueba en contrario, ahora bien, su destrucción exige que el cónyuge que propugna el carácter privativo acredite que la adquisición realizada constante matrimonio se llevó a cabo con bienes privativos suyos.

En el caso de autos y según la contestación facilitada por el Banco Herrero (folio 249) queda acreditado que don Andrés, junto con su madre doña Mari José figuran como titulares de 120 acciones de ERCOS, 948 acciones de HIBERDROLA y 2.458 acciones de TELEFÓNICA. Se tratan de acciones adquiridas a partir del año 1991, es decir, vigente el matrimonio, lo que implica el carácter ganancial de las mismas, en tanto no se demuestre lo contrario. Naturaleza ganancial que sólo es predicable en relación al cincuenta por ciento de las acciones, pues hemos de recordar que la titularidad es compartida junto con la madre, ignorando en qué proporción participan cada uno de ellos, por eso y a falta de pruebas hemos de entender que lo es por mitad.

Demostrada la adquisición constante matrimonio, es a don Andrés a quien le corresponde acreditar que la misma lo fue en sustitución de otros títulos propiedad del padre y que él ha adquirido vía hereditaria, sólo así cabría propugnar su carácter privativo.

De las pruebas practicadas en autos no queda demostrada esa alegación, la cual no pasa de ser una mera manifestación de parte. Es más, incluso

la prueba documental que de forma tan extemporánea pretendía aportar la parte apelante no sirve para dar por cierta esa afirmación, pues si bien es verdad que en algunos de esos títulos (no en todos) se dice que anula otros anteriores, lo cierto es que no hay constancia alguna acerca de a quién

correspondían esos anteriores, ni si hablamos de los mismos títulos, prueba que la parte recurrida pudo practicar al ser ella quien tenía más facilidad para llevarla a cabo. En consecuencia este punto del recurso ha de estimarse, en el porcentaje del cincuenta por ciento de esos títulos.

REGÍMENES ECONÓMICOS

El momento de valorarse los bienes en el procedimiento de liquidación de gananciales ha de ser al tiempo de la partición. La referencia a «importe» del artículo 809 LEC, no cabe entenderlo en el sentido de valor material o cuantitativo de la partida, sino al de conjunto de derechos que uno de los cónyuges ostenta dentro de esa partida.

AP ASTURIAS, SEC. 6.ª, SENTENCIA DE 21 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Nuria Zamora Pérez

La apelante, doña Alicia, al preparar el recurso de apelación lo hizo por tres motivos: 3) Considerar que la fase procesal de formación del inventario no es el momento en el que ha de procederse a la valoración de los bienes, sino que el avalúo debe diferirse a la fase de partición.

Llegado el momento de interposición del recurso, éste sólo se formaliza por los motivos primero y tercero, omitiendo toda alegación en relación al segundo, que debe ser desestimado, al ignorar el tribunal de apelación los argumentos en los que la parte apelante basa su discrepancia con la sentencia de instancia, no quedando desvirtuada, en este punto, la fundamentación jurídica que en ella se contiene.

Como último motivo del recurso considera la parte apelante que es erróneo que en sede de formación de inventario se apruebe el avalúo de los bienes que lo integran, valoración propia de la fase ulterior, de partición propiamente dicha.

También este motivo del recurso ha de ser estimado. La actual Ley de Enjuiciamiento Civil, al regular la liquidación de masas patrimoniales y en particular en la liquidación de la sociedad de gananciales, prevé dos fases. Una la de formación de inventario, es decir, la consistente en la determinación del activo y del pasivo que integra la sociedad –artículo 809–. Una vez concretado ese extremo, se regula como segunda fase la de avalúo, partición y adjudicación –artículo 810–. Es cierto que el redactado de dichos preceptos puede provocar

algún error interpretativo, en cuanto a la determinación del momento en el que ha de procederse a la valoración de los bienes. En particular el apartado segundo del artículo 809 cuando dispone: «... si se suscitase controversia sobre la inclusión o exclusión de algún concepto en el inventario o sobre el importe de cualquiera de las partidas se citará a los interesados a una vista». La referencia a «importe», no cabe entenderlo en el sentido de valor material o cuantitativo de la partida, sino al de conjunto de derechos que uno de los cónyuges ostenta dentro de esa partida. Interpretación que es la más aceptable desde un punto de vista lógico y sistemático. De otro modo no se comprende que caso de existir discrepancias en la partición se designe un contador y en su caso a un perito, cuya única función sería la de valoración de los bienes.

Interpretación de la normativa procesal que además es la más acorde con las normas sustantivas en materia de liquidación de gananciales, ya que el artículo 1410 del Código Civil remite a la normas en materia de partición de herencia. Pues bien a falta de un precepto específico acerca de cuál es el momento en el que ha de valorarse los bienes la jurisprudencia y la mayoría de la doctrina se inclinan por considerar que esa valoración ha de ser la que corresponda al tiempo de la partición, según cabe deducir de los artículos 847, 1045 ó 1047 del Código Civil que hablan del valor de los bienes al tiempo de la adjudicación o bien al tiempo de liquidación de la porción correspondiente.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Se incluye en el activo de la sociedad ganancial parte de una suma retirada por la esposa de cuentas bancarias a nombre del matrimonio, al no acreditar que la había usado para el pago de deudas o gastos propios de la sociedad.

AP CÁCERES, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 29 DE JUNIO DE 2004

Ponente: Sr. don Miguel Ángel Narváez Bermejo

En cuanto a la disposición de fondos pertenecientes a la sociedad de gananciales que figuraban en cuentas bancarias a nombre del matrimonio la ex esposa no ha discutido nunca los actos de disposición que llevó a cabo, si bien los justifica porque con esas cantidades que en total ascendían a 3.500.000 pesetas pagó deudas que correspondían a la sociedad. Este alegato, que es asumido como argumento defensivo por la sentencia de instancia, precisa para que pueda ser acogido de su debida constatación a través del pertinente medio probatorio conforme a lo dispuesto en el artículo 217.3 de la LEC. A juicio de la Sala esta probanza sí se da respecto al acto de disposición de los dos millones de pesetas. Efectivamente según el escrito firmado por el Sr. Ramón de 26 de abril de 1999 –folio 281–, dirigido al Juzgado de Instrucción número uno de Villanueva de la Serena existió un pacto con doña Cecilia en virtud del cual a cambio de 300.000

pesetas se comprometía a no reclamarle ninguna cantidad de los dos millones de pesetas que había sacado de la cuenta bancaria. Esa transacción debe vincular a las partes a cumplirla según lo previsto en el artículo 1809 del Código Civil.

Por el contrario y a pesar de la posibilidad de aportación documental del pago de gastos que pesaban sobre la sociedad de gananciales no existe ninguna justificación que acredite que la otra cantidad de 1.500.000 pesetas de la que también dispuso doña Cecilia se destinase a afrontar gastos propios de la sociedad de gananciales, dada la naturaleza ganancial de aquella suma. La consecuencia de la falta de tal acervo probatorio que incumbía a la parte a quien podía favorecer su aportación debe ser que se incluya tal cantidad en el activo como crédito de la sociedad de gananciales frente a doña Cecilia por afectarle la prohibición del artículo 1377 del Código Civil.

REGÍMENES ECONÓMICOS

Los gastos de reparación de un vehículo que es usado exclusivamente por uno de los cónyuges deben correr por cuenta exclusiva del usuario, sin que quepa imputarlo al pasivo de la sociedad.

AP MADRID, SEC. 22.ª, SENTENCIA DE 1 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Carmen Neira Vázquez

La primera cuestión que se plantea y se suscita por don Rodrigo hace referencia a la exclusión del pasivo de la sociedad legal de gananciales del crédito de la Sra. Marcelina por el importe de 6.819,31 euros con motivo de la reparación del vehículo Range Rover pretensión que debe tener favorable acogida a la vista de los datos y documentos obrantes a la causa.

En efecto, consta en la causa que en fecha 27 de noviembre de 1998 se decretó la separación matri-

monial del matrimonio litigante habiéndose dictado auto de medidas provisionales el 13 de noviembre de 1998, recayendo Sentencia de esta Audiencia Provincial el 5 de mayo de 2000 y argumentando la sentencia de primera instancia que la separación de hecho del matrimonio se produce en diciembre de 1997.

Se dispuso en aquella sentencia de separación dictada por el Juzgado de Primera Instancia que se concede el uso y disfrute y administración del

vehículo todo terreno marca Range Rover, matrícula UL-...-F a doña Marcelina y el BMW matrícula Y-...-MY a don Rodrigo.

Pues bien, tras aquel otorgamiento, en aquella forma dispuesto, se repara el vehículo Range Rover el 27 de julio de 1999, realizándose trabajos de limpieza de radiador, recambio de piezas varias y revisión de instalación, etc., gastos que claramente habrá de afrontar la Sra. Marcelina dado el uso y disfrute que la misma realiza del vehículo, a ella

atribuido en la sentencia de separación de primera instancia, y atendiendo a la naturaleza, dimensión y alcance de la reparación efectuada, razones todas que determinan en este punto el acogimiento de este motivo de apelación y conllevan la revocación parcial de la sentencia recurrida, en el sentido de excluir del pasivo de la sociedad legal de gananciales el crédito a favor de la Sra. Marcelina por el importe de 6.819,31 euros actualizados por la factura del vehículo.

REGÍMENES ECONÓMICOS

La adquisición del bien ocurrida durante el período de separación de hecho y antes de iniciarse el proceso de separación determina el carácter privativo de dicho bien en favor del cónyuge que lo adquirió.

AP MADRID, SEC. 22.^a, SENTENCIA DE 9 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

La solución que debe darse a la pretensión planteada por la parte recurrente debe ajustarse a criterios de legalidad, y en especial, a la reiterada y unánime doctrina del Tribunal Supremo, de modo que la Sala acepta las referencias jurisprudenciales contenidas en el escrito de oposición al recurso interpuesto de contrario, habiendo añadido al respecto el Alto Tribunal, en sentencia de fecha 27 de enero de 1998, que la adquisición del bien, ocurrida durante el período de separación de hecho, y antes de iniciarse el proceso de separación determina el carácter privativo de dicho bien en favor del cónyuge que lo adquirió; esta doctrina igualmente se mantiene en una anterior sentencia de fecha 17 de junio de 1988, que advierte que la libre separación de hecho excluye el fundamento de la sociedad de gananciales que es la convivencia mantenida entre los cónyuges (Sentencia de 13 de julio de 1986). Rota, pues, la convivencia conyugal con el consentimiento de la mujer no cabe que se reclamen derechos sobre unos bienes a cuya adquisición no contribuyó, pues tal conducta es contraria a la buena fe y conforma uno de los requisitos del abuso del derecho al ejercitar un aparente derecho más

allá de sus límites éticos (Sentencia 26 de noviembre de 1987).

Ha quedado acreditado el cese de la convivencia y la separación de hecho en el año 1966, según se declara expresamente en la Sentencia de separación dictada con fecha de 26 de junio de 1989, resolución que fue confirmada por la Sala, por Sentencia de fecha 20 de febrero de 1991.

Advirtiendo ambos litigantes que dicho inmueble se adquirió en 1976, y teniendo en cuenta que nula eficacia jurídica tiene el contenido de la nota simple del Registro de la Propiedad de Alicante, pues no corresponde a dicha oficina la calificación jurídica real del inmueble que se inscribe, y por cuanto que se formalizó escritura pública con fecha de 5 de noviembre de 1980, acto al que comparece únicamente el esposo quien compra para sí dicho inmueble, no queda sino confirmar los fundamentos y el pronunciamiento de la sentencia apelada, en el sentido de reiterar el carácter privativo, en favor del esposo, del inmueble descrito en el primer fundamento jurídico de la presente resolución.

REGÍMENES ECONÓMICOS

La sentencia de separación, como constitutiva que es, no produce sus efectos hasta tanto no sea firme y por tanto, no cabe retrotraer los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales a la fecha en que se dictó el auto de medidas provisionales.

AP CASTELLÓN, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don David Gerico Sobrevela

Hemos de citar el artículo 1392 del Código Civil, que establece como presupuestos fácticos para la conclusión de la sociedad de gananciales la disolución del matrimonio o la declaración de separación, sin prever una retroacción de efectos al momento de la resolución que establece medidas provisionales previas o coetáneas a la demanda de separación o divorcio. En este sentido, señala la sentencia de la Sección Séptima de la Audiencia Provincial de Asturias de 29 de abril de 2002 que «se produce la disolución *ipso iure* de la comunidad cuando judicialmente se decreta la separación de los cónyuges, tal como dispone el artículo 1392.3 del CC de acuerdo con lo que prevé con carácter general el primer párrafo del artículo 95. Toda sentencia constitutiva como lo es la de separación no produce sus efectos hasta tanto no sea firme, es decir cuando frente a la misma no quepa recurso alguno, ordinario ni extraordinario ya por su naturaleza, ya por haber sido consentida por las partes teniendo en cuenta que además en el caso que nos ocupa la de segunda instancia revocó, siquiera parcialmente, la de grado inferior. Estos efectos no pueden retrotraerse a la fecha del auto de medidas provisionales, que simplemente autoriza el cese de la vida en común, ni a la de una previa separación de hecho de los cónyuges teniendo además en cuenta lo previsto en el artículo 1393.3 del CC.

La sociedad de gananciales, por consiguiente, debe entenderse subsistente entre tanto no recaiga el específico pronunciamiento judicial declarativo de su extinción o se produzca uno de los supuestos de disolución por ministerio de la ley previstos con carácter taxativo en el artículo 1392 (SAP de 27 de marzo de 1999). Y la sentencia de la Sección Duodécima de la Audiencia Provincial de Barcelona de 15 de marzo de 2002 señala que «la segunda línea argumental del recurso se refiere a la fecha de los efectos de la disolución de la sociedad de gananciales. El actor pretende que se retrotraigan a la fecha del auto de medidas provisionales, de 3 de abril de 1997, mientras que la sentencia parte de considerar que la misma se disolvió de derecho, en virtud de lo que establece el núm. 3 del artículo 1392 del Código Civil. La importancia

de tal determinación se proyecta sobre el derecho del actor a ser reintegrado de las cantidades pagadas en concepto de cuotas del crédito hipotecario que grava la vivienda familiar con posterioridad a la fecha que se fije. El texto legal en este extremo es claro y concluyente y la opción del legislador, sin lugar a dudas, ha sido la de situar la disolución en el momento solemne de ser dictada sentencia de separación. No se trata de un presupuesto legal arcaico, fruto de una concepción del matrimonio que no preveía el divorcio, como ha podido ser sugerido doctrinalmente, puesto que la redacción actual data de la Ley 11/1981, de 13 de mayo y, poco después, el 7 de julio, fue promulgada la Ley 30/1981, en la que, en otros preceptos relativos al matrimonio, se dio nueva redacción a los artículos 102 y 103 del Código Civil, que relacionan las medidas consecuentes con la presentación de la demanda de separación y la adopción de medidas provisionales, entre los que no se menciona la disolución del régimen económico que, por otra parte, sí que es referido al momento del dictado de la sentencia por el artículo 95 de dicho texto legal. Los pronunciamientos jurisprudenciales que se invocan, tanto de esta Audiencia como del Tribunal Supremo (SSTS de 13 de junio de 1986, 26 de noviembre de 1987, 17 de junio de 1988 y 23 de diciembre de 1992), en los que se sostiene que la declaración de disolución puede, en determinados casos, retrotraer sus efectos a un momento anterior, se están refiriendo a situaciones de abuso de derecho, en las que la separación *de facto* había quedado implantada desde un tiempo pretérito y era incuestionable que cesó, en aquel momento, el fundamento de la ganancialidad, que es la solidaridad conyugal. Mas en el caso de autos no concurre ninguna de las circunstancias que el propio recurrente relaciona, puesto que la crisis conyugal es reciente, las obligaciones alimenticias para con los hijos menores son presentes, y las partes tienen sometidas sus diferencias respecto a la crisis familiar a su resolución por la jurisdicción, sin que haya existido en momento alguno un período extenso de separación de hecho libremente aceptada por las dos partes, con distribución tácita de las obligaciones comunes. En consecuencia, la pretensión de la

parte recurrente es también inatendible». No acredita la recurrente que las cuotas del préstamo y las cantidades pagadas en concepto de Impuesto de Bienes Inmuebles lo hayan sido con cargo a dinero o bienes privativos, no debiéndose olvidar que las cantidades obtenidas con el trabajo personal o los frutos, rentas e intereses, incluso producidos por bienes privativos, subsistente la sociedad, tienen carácter ganancial, de conformidad con lo establecido en el artículo 1347 del Código Civil. En el presente caso no vamos a entrar en la cuestión

de si era razonable que hasta la disolución de la sociedad fueran satisfechas esas cantidades por el cónyuge a quien se atribuía el uso de la vivienda, o si se tuvo en cuenta quién iba a hacer el pago para fijar la contribución a las cargas del matrimonio, pero a falta de prueba de que el pago se realizara con bienes de carácter privativo de la esposa antes de la disolución de la sociedad conyugal, que tuvo lugar al decretarse judicialmente la separación, ha de mantenerse en este punto el pronunciamiento de la resolución impugnada.

REGÍMENES ECONÓMICOS

El inmueble al que se le ha atribuido voluntariamente la condición de ganancial lo va a ser de manera definitiva, siendo irrelevante cualquier demostración posterior del carácter privativo del dinero empleado en su adquisición.

AP MADRID, SEC. 22.^a, SENTENCIA DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Eladio Galán Cáceres

Mantiene el recurrente la pretensión relativa al carácter privativo del inmueble sobre la base de afirmar que consta acreditado la aportación del dinero privativo del esposo en la cuantía antes señalada.

Sin embargo, no es posible obviar el contenido del artículo 1355 del Código Civil que señala «podrán los cónyuges, de común acuerdo, atribuir la condición de gananciales a los bienes que adquieran a título oneroso durante el matrimonio, cualquiera que sea la procedencia del precio o contraprestación y la forma y plazos en que se satisfaga».

Si la adquisición se hiciera en forma conjunta y sin atribución de cuotas, se presumirá la voluntad favorable al carácter ganancial de tales bienes».

En este sentido, y para determinar si es posible o no la aplicación del citado precepto, y aun partiendo de la base de la prueba del carácter privativo de parte del dinero empleado en la adquisición de dicho inmueble, según se explicará después, se hace preciso el análisis de las circunstancias contractuales y negocials que han concurrido al presente supuesto desde que inicialmente se formaliza un contrato de señal de compraventa de dicha vivienda, con fecha de 20 de noviembre de 1995 hasta que se formalizó la escritura pública de dicha compra con fecha de 26 de febrero de 1997, pues examinan-

do y valorando tales circunstancias es claro que se puede concluir afirmando el carácter ganancial, en su totalidad, del inmueble en cuestión.

El sustento legal de dicha conclusión se deriva del precepto antes indicado en la medida que dicho inmueble ha sido adquirido conjuntamente por ambos cónyuges, sin que sea posible enervar los actos propios realizados por la recurrente cuanto no hace constar en el momento de la adquisición ni siquiera la naturaleza privativa del dinero por lo que, naturalmente, la atribución de ganancialidad se infiere de la propia voluntad de los cónyuges, aun admitiendo la procedencia, en parte, del carácter privativo del dinero empleado para la compra, en tanto en cuanto el cónyuge donatario no hace ningún tipo de manifestación, sobre reserva o condición del carácter privativo del dinero que se aportó, a fin de propiciar en el momento oportuno, cual nos ocupa, un derecho de reembolso conforme al artículo 1358 del texto legal antes citado (doctrina expuesta en la Sentencia de 23 de septiembre de 1999, de la Audiencia Provincial de Álava, Audiencia Provincial de Valencia, Sentencia de 10 de marzo de 1994, entre otras).

No se olvide, por otra parte, que el artículo 1323 permite al marido y la mujer la transmisión por cualquier título de bienes y derechos y la posibilidad de celebrar entre sí toda clase de contratos,

de manera que es factible la transmisión de los bienes de la exclusiva pertenencia de uno de ellos, lo que también viene referido a posibles derechos inherentes a favor de cada cónyuge sobre su cuota ganancial, de forma que, con total libertad, se le permiten realizar los contratos que estimen conveniente (Tribunal Supremo, Sentencia de 17 de diciembre de 1997).

Sentado lo anterior, conviene resaltar, para la correcta aplicación del artículo 1355 antes indicado, la vinculación, en principio y por regla general, de la doctrina de los propios actos expresamente aplicable para las adquisiciones conjuntas, aun no descartándose, también en estos supuestos, la posibilidad de destruir la presunción *iuris tantum* de ganancialidad por los medios probatorios admitidos en derecho; por el contrario, para aquellas otras adquisiciones realizadas unilateralmente por uno de los cónyuges para la sociedad legal de gananciales, es lo cierto que, también en principio, no es vinculante dicha doctrina y se torna

más claramente viable la posibilidad de practicar prueba en contrario en el ámbito del proceso que concluya en la declaración del carácter privativo del bien, a pesar de la presunción de ganancialidad derivada del artículo 1361 del Código Civil, apoyada por la propia inscripción registral y la presunción de exactitud del artículo 38 de la Ley Hipotecaria.

En suma, el repetido artículo 1355 permite que los cónyuges, de común acuerdo, puedan atribuir el carácter ganancial a cualquier bien adquirido a título oneroso durante el matrimonio, especialmente si el bien pudiera resultar, en otro caso, privativo por la procedencia de los fondos empleados en la adquisición, y ello quiere decir que el bien al que se le ha atribuido voluntariamente la condición de ganancial lo va a ser de manera definitiva, siendo irrelevante cualquier demostración posterior del carácter privativo del dinero empleado en su adquisición (doctrina de la Audiencia Provincial de Vizcaya, Sentencia 11 de enero de 2002).

REGÍMENES ECONÓMICOS

El fondo de pensiones debe reputarse como bien ganancial, dado que no se acredita su carácter privativo al no haberse probado que las cantidades aportadas al fondo proviniesen de entregas realizadas por la madre de la esposa.

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 1 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Ignacio Olaso Azpiroz

Compartimos el criterio del juzgador de instancia y, en consecuencia, su sentencia debe ser confirmada; la condición de titular de la esposa del fondo de pensiones de que se trata a la fecha de disolución de la sociedad de gananciales fuerza a aplicar la presunción de ganancialidad del artículo 1361 del Código Civil; presunción que exigía una prueba en contrario más contundente y fiable que la practicada para llegar a la conclusión de que se trata de un bien privativo de doña Soledad conforme al artículo 1346.2.º del mismo Código; la única prueba sobre esa condición de bien privativo –por haberse alimentado el fondo por aportaciones efectuadas a título gratuito por la madre de aquélla– es la declaración de una hermana de la litigante, que no hizo sino contestar con escuetos «síes» a las preguntas que el letrado le hacía, pero sin efectuar en modo alguno matizaciones o explicaciones complementarias; da la impresión, en efecto, de que se trata de una

testigo llamada *ad hoc*, sin fiabilidad suficiente; no comprendiendo este Tribunal cómo no se propusieron otras pruebas más convincentes y en principio perfectamente practicables como, por ejemplo, la declaración testifical de la propia donante, madre de doña Soledad, cuyo eventual previo fallecimiento o imposibilidad de declarar por otras razones en ningún momento se ha puesto de manifiesto; o la presentación o solicitud de los justificantes bancarios de las transferencias del dinero que fue a parar al fondo o de los cheques entregados, al ser la mecánica habitual, sin que tampoco se haya puesto de relieve en momento alguno que la entrega del dinero entre madre e hija se hacía siempre en mano y en metálico y de ahí la dificultad probatoria.

En definitiva y resumen, la prueba practicada es insuficiente para considerar al fondo de pensiones como bien privativo de la esposa y, por tanto, su recurso perece.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No constituye un crédito contra el patrimonio de uno de los cónyuges el fondo del comercio, dado que la ventura o desventura de la actividad profesional de cada uno de los cónyuges es patrimonio exclusivo de los respectivos titulares.

AP LUGO, SEC. 1.ª, SENTENCIA DE 15 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don José Antonio Varela Agrelo

Consiste la contienda en diferentes discrepancias entre los cónyuges sobre lo que se ha de incluir en el inventario de la liquidación de la sociedad de gananciales.

En cuanto al fondo del comercio o *goodwill*, que quiere la parte apelante se considere un crédito contra el patrimonio del esposo, tampoco procede acceder a tal pretensión. La ventura o desventura de la actividad profesional de cada uno de los cón-

yuges es patrimonio exclusivo de los respectivos titulares sin que finalizada una relación conyugal pueda traducirse un crédito a favor o en contra de ninguno de ellos a la hora de liquidar los gananciales, sin perjuicio de que la capacidad económica de cada uno pueda computarse a la hora de fijar una pensión compensatoria por desequilibrio y todo ello salvo que se acredite la contribución profesión de uno de los cónyuges en el incremento del prestigio del otro.

REGÍMENES ECONÓMICOS

La autorización municipal de explotación de taxi tiene un valor económico, y como tal incluye en el activo ganancial.

AP SANTA CRUZ DE TENERIFE, SEC. 3.ª, SENTENCIA DE 22 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña María del Carmen Padilla Márquez

La sentencia desestima la oposición formulada a las operaciones particionales realizadas por el contador partidor y aprueba definitivamente las mismas. Recurre la parte que se opuso a las operaciones particionales y quien mantiene que no cabe la valoración de la licencia para la explotación de auto taxi, que es propiedad del Ayuntamiento.

Procede la confirmación de la resolución recurrida por sus propios fundamentos que se dan por reproducidos, y que está dictada, por demás,

en perfecta conformidad a lo ya establecido por esta Sala en auto de fecha 13 de junio de 2003. No pueden prosperar los motivos del recurso que pretenden obviar e incumplir la resolución que se ejecuta mediante el ardid de jugar con los términos: concesión y licencia. En definitiva, para la explotación del taxi es necesario que el Ayuntamiento «autorice» tal actividad, y dicha «autorización», tiene un valor patrimonial y económico, y es el activo ganancial que ha sido liquidado.

REGÍMENES ECONÓMICOS

El mero reconocimiento de deuda del esposo, no sustentado en negocio jurídico alguno, no basta para considerar que una deuda tenga carácter ganancial.

AP VIZCAYA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 28 DE OCTUBRE DE 2004

Ponente: Ilma. Sra. doña Lourdes Arranz Freijo

Se acoge también el recurso al no estimarse acreditada la existencia de deuda alguna a favor de María Trini.

La sentencia de instancia, la estima probada en virtud de un documento de reconocimiento de deuda, suscrito por el recurrido, pero que ni en su contenido ni en los motivos de su redacción, viene confirmado por el resto de la actividad probatoria.

Dicho documento, recoge que la supuesta deuda dimana de la «participación de las acreedoras en la propiedad de las 2/5 partes de una finca (en la que se explota el negocio de escombrera)», concepto que no alcanzamos a comprender por qué genera un derecho de crédito de las acreedoras, estimando que en ningún caso del contenido de dicho documento, puede extraerse la existencia de

un acto traslativo de dominio a favor del esposo de las 2/5 partes de la mencionada finca.

Lo que sí consta probado sin ninguna duda, es que dichas personas arrendaron dicha finca por un período de cinco años, con una renta mensual de 200.000 pesetas (doc. 10) que consta fue abonada puntualmente habiéndose pagado un importe total de 12.000.000 de pesetas.

Por tanto, el único contrato acreditado, a cargo de la sociedad de gananciales y con la persona que se dice acreedora, es el de arrendamiento, por el que nada se adeuda, y por tanto el reconocimiento de deuda del esposo, no sustentado en negocio jurídico alguno, evidentemente no es suficiente para obligar a la sociedad de gananciales.

PROCEDIMIENTO DE MENORES

Para constituir la adopción del menor no es necesario el asentimiento de la madre natural cuando está incurso en causa de privación de la patria potestad al no poder asumir las funciones inherentes a la misma.

AP ZARAGOZA, SEC. 4.ª, SENTENCIA DE 21 DE JULIO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don José Javier Solchaga Loitegui

Respecto de la necesidad de asentimiento de la madre, en el presente procedimiento de adopción, a que se refiere el artículo 781 de la Ley de Enjuiciamiento Civil, resulta de lo actuado que si bien no está privada de la patria potestad del adoptando, sí que está incurso en causa de privación de la misma por incumplimiento de los deberes inherentes a la patria potestad, al no poder asumir las funciones inherentes a la misma.

Existía una situación de abandono cuando la madre del menor acude a la Administración para que ejerza la guarda.

Por ello, la Entidad Pública trabajó con la medida de intervención familiar con objeto de conseguir

la estabilización en la atención necesaria al menor, no habiéndose conseguido los objetivos propuestos, por lo que dada la situación en que se encontraba se hace necesario intervenir mediante la asunción de tutela *ex lege*, pues se constató la imposibilidad de que ejerciera los deberes más esenciales.

El menor no podrá estar indefinidamente en situación de guarda administrativa y viviendo en un centro de menores indefinidamente, en una situación de espera a que se rehabilitara de su enfermedad.

Pues bien, llega el día en que mejora su situación, su drogadicción, y se reinserta socialmente, y a pesar de ello, los diversos informes practicados

en Autos desaconsejan la vuelta del menor con la apelante, pues carece de capacidad para ocuparse de él.

Así la Sentencia del TS, Sala Primera, fecha 31 de diciembre de 1996 (Aranzadi 9223) expresa: que aunque la patria potestad, por Derecho natural y positivo viene otorgada a los progenitores, atendiendo a que integra en su función no sólo derechos sino muy principalmente deberes, puede en determinados casos restringirse, suspenderse e incluso cabe privar de la misma por ministerio

de la Ley, cuando sus titulares, por unas u otras razones no asumen las funciones inherentes a ella, o las ejercen con desacierto y perjuicio para el descendiente, llegando a la solución más radical en el supuesto de incumplimiento de los deberes que configuran tal institución jurídica, conforme prescribe el artículo 170 del Código Civil, que según interpretación doctrinal y jurisprudencial, más que sanción al progenitor incumplidor implica una medida de protección del niño, y que por ende debe ser adoptada en beneficio del mismo.

PROCEDIMIENTO DE MENORES

Procede declarar a la madre incurso en causa de privación de la patria potestad cuando desde que se declaró el desamparo se han ido adoptando todas las medidas de protección del menor y nunca ha existido oposición de la madre biológica, dándose la circunstancia de que el desamparo se decretó por la absoluta incapacidad de los padres para ejercer la patria potestad.

AP BARCELONA, SEC. 18.^a, AUTO DE 22 DE JULIO DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don José M.^a Bachs Estany

Preparado el recurso por la madre biológica (folio 201) contra los pronunciamientos no reconocidos por la parte —que no especifica—, lo interpone (folios 230 y ss.) por los siguientes motivos: 1.º) infracción del artículo 177 CC, pues el auto parece partir de que la madre está incurso en causa de privación de potestad y en la concurrencia del desamparo por cuanto no ha recaído sentencia confirmatoria o denegatoria al respecto; 2.º) no probada la causa de privación de potestad, a dilucidar en procedimiento contradictorio, citando el del artículo 1827 de la LEC de 1881, debe la madre asentir la adopción; invoca nulidad de todo lo actuado al no seguirse dicho procedimiento; 3.º) error en la apreciación de la prueba, pues se dan por ciertos hechos sin prueba alguna y que sólo figuran en el expediente administrativo; no tuvo la madre biológica conocimiento del expediente de acogimiento preadoptivo, aun cuando se conocía sobradamente su domicilio —el mismo de sus padres— por la Administración y consta empadronada allí desde 14 de abril de 1997 y consta que se pusieron en contacto con ella a través de los abuelos en varias ocasiones; lo que ha generado indefensión; y desde que se le da audiencia se opone a la adopción; 4.º) no cabía, habiéndose suscitado contienda, la propuesta de auto de Secretaría; infracción por tanto del artículo 290 de la LEC;

5.º) el interés del menor no permite prescindir del asentimiento de la madre.

Postula se revoque el auto recurrido y se declare necesario el asentimiento de la madre y la nulidad de cuanto se ha actuado desde la citación de la madre para prestarlo.

Se opone el ICAA (folios 254 y ss.) por los siguientes motivos: 1.º) la ley aplicable es el Codi de família, artículo 122, 2.º) el asentimiento no es necesario, había causa de privación de potestad, pues el menor vivía en una nave abandonada entre suciedad y ratas y 3.º) al mismo resultado se llegaría por la vía del artículo 177 del CC.

Se opone el Ministerio Fiscal (folio 243) por los siguientes motivos: 1.º) la situación de desamparo se apreció en 8 de septiembre de 1997 por denuncia del propio abuelo materno de la existencia de objetivas carencias, falta de aptitudes y voluntad, todo lo que determinó la imposibilidad de asumir la asistencia moral y material de la menor, a la sazón de apenas dos años; 2.º) en aquel momento los padres presentaban una vida marginal y un importante deterioro mental y ningún miembro de la familia extensa podía hacerse cargo de las hijas; 3.º) en 11 de febrero de 1998 se ingresó a la menor en centro de acogida mientras se llevaban a cabo los estudios precisos para adoptar la medida más

adecuada; 4.º) nunca existió oposición de la familia nuclear ni extensa; 5.º) en fecha 7 de noviembre de 2001 se constituyó el acogimiento preadoptivo sin poder ser habida la madre biológica pese a las gestiones llevadas a cabo en autos; 5.º) el 15 de noviembre de 2002 se presentó por el ICAA la propuesta de adopción y la madre no comparece hasta 27 de marzo de 2003, manifestando sin más su disconformidad, y es ahora, en vía de recurso, cuando presenta sus argumentos; 6.º) el Fiscal en su informe de 4 de abril de 2003 valoró como mejor para la menor la adopción, y lo mantiene ahora.

Se opone la representación de los padres adoptantes (folios 247 y ss.) que relatan la sucesión de hechos que expone el Fiscal así como el hecho de que la tienen acogida desde 7 de octubre de 1998 y además 1.º) porque el precepto aplicable es el artículo 122.1.b) del C. de F. —que indica como causa de la adopción el estar en acogimiento preadoptivo sin oposición durante más de un año— y no el 177 del CC atendido que la ley aplicable es la de la vecindad civil de los adoptantes; 2.º) el asentimiento no es una *conditio iuris* (invoca numerosa jurisprudencia menor y doctrina al respecto); 3.º) aun aplicando el artículo 177 CC tampoco cabría el recurso por cuanto la madre estaba incurso en causa de privación de la potestad; 4.º) en los distintos procedimientos no ha habido indefensión, pues el asentimiento no es necesario, se hizo todo lo posible por localizarla en el procedimiento de acogimiento preadoptivo, y si no se ha hecho prueba alguna es porque no ha habido oposición ni excepción alguna.

El examen de todo lo actuado revela acreditados los siguientes antecedentes y hechos:

a) la menor cuenta 8 años (folio 8); la madre 33; el 7 de julio de 1997 (folio 9) se abrieron diligencias previas (apertura de expediente de protección, si bien al folios 19-20 consta claramente que se les notificó el inminente desamparo —consta la firma de la madre al folio 20—; el 8 de septiembre de 1997 se apreció el desamparo (folios 21-22), contra el que no consta se formulara oposición, ingresando desde 25 de noviembre de 1997 (recogida por los Mossos d'Esquadra el 27 de noviembre de 1997 según consta al folio 29, momento en el que ya no se halla a la hermana Tamara, de 4 años —se entrevé aunque no consta directamente, que madre e hija mayor han desaparecido—) en un centro de acogida; a fecha 11 de febrero de 1998 todavía se barajaban las medidas a adoptar pese al desamparo y el ingreso en centro (folios 23-24); la síntesis evaluativa (folios 10 y ss.) elaborada por el EAIA de L' Hospitalet de Llobregat recoge que el caso es conocido por denuncia del abuelo materno, que revela que ella y su compañero sentimental a veces roban y a veces piden, si bien según la madre

su compañero recoge chatarra; la investigación desvela que madre e hija, junto con otra hermana, Tamara, vivían en una nave sin condiciones higiénicas —sin agua ni lavabo— ni de habitabilidad rodeados de ratones; el presunto padre es toxicómano y la madre sufre epilepsia, diabetes y VIH; la niña por aquel entonces presenta retraso en el lenguaje, no caminaba, tenía aspecto enfermizo, y se sospecha que ni madre ni hija reciben una adecuada alimentación; la información sobre el parto de Maternidad indica embarazo doble, no controlado, parto prematuro, no se sabe si por caída o por paliza del padre, con muerte de uno de los dos fetos y gran sufrimiento de la niña que tuvo que ser intubada, presentando hipotensión, inmadurez retínica, alteración leve en el encefalograma pese a ecografía cerebral normal;

b) los tíos acogedores de hecho, de 53 y 43 años en aquel entonces, tienen graves problemas de salud (cardiopatía él, diabetes, hepatitis crónica y asma ella —y VIH, que parece que contrajo por compartir jeringuilla con su hijo drogadicto—);

c) consta a los folios 16 y 17 que los abuelos maternos (el abuelo trabaja en el ayuntamiento de Ripollet, parques y jardines y en el expediente consta manifestado que hace unos años quiso que la hija entrara a trabajar allí y no quiso) quisieron hacerse cargo, pero la propuesta los descartó por los problemas médicos de la abuela (cardiopatía), la gran diferencia de edad abuelos nieta y las amenazas de muerte de la hija y compañero a esos abuelos; el ICAA formuló propuesta de adopción (folio 1) en fecha 8 de noviembre de 2002

d) consta el acoplamiento familiar desde 23 de septiembre de 1998 (folio 68); en 19 de junio de 1998 se dicta resolución por la que se acuerda como medida de protección más adecuada el acogimiento preadoptivo (folios 71 y ss.) constituyéndose el acogimiento simple en fecha 28 de diciembre de 1998 (folios 73-74)

e) todos los informes de seguimiento de la menor y la familia acogedora han sido muy positivos hasta hoy (folios 75 y ss.);

f) en fecha 7 de noviembre de 2001 se constituyó el acogimiento preadoptivo (folios 86 y ss., de cuyo expediente sólo consta la resolución final en estas actuaciones de adopción) que recoge que a la fecha la hermana Tamara aún no había podido ser localizada;

g) en este expediente consta el consentimiento de los adoptantes (folios 136-137), el informe favorable del Fiscal (folio 141) que pide se averigüe el paradero de la madre a través del DNI y de la Policía, al folios 144 y ss. constan las varias pesquisas al efecto; el ICS (folios 164 y ss.) da como dirección la de sus padres en Ripollet el 26 de febrero de 2003,

a partir de la cual se la cita el 11 de marzo de 2003 (folio 167); en la comparecencia de 27 de marzo de 2003 (folio 172) manifiesta que no está conforme con la adopción, que le gustaría recuperarla, que ha rehecho su vida, que ha estado trabajando durante casi dos años en el ayuntamiento de Ripollet así como en una empresa de limpieza;

h) nuevo informe del Fiscal (folio 176) en el que se propone nuevamente la adopción al constatarese que la familia biológica no ha tenido ningún contacto con la menor desde el desamparo.

La resolución de instancia, de fecha 2 de mayo de 2003 (folios 179 y ss.) constituye la adopción; tiene en cuenta que la menor, nacida en 17 de enero de 1996, fue desamparada en 8 de septiembre de 1997 junto a otra hermana, que desde fines de 1998 vive en acogimiento en familia ajena y que en fecha 7 de noviembre de 2001 se constituyó el acogimiento preadoptivo; también tiene en cuenta que la madre se ha despreocupado de la hija hasta ahora, y ha sido preciso averiguar su paradero para oírla.

Ciertamente el único Derecho aplicable aquí es el Codi de Família, Ley 9/1998, y la Ley de protección de menores desamparados 37/1991, ambos del Parlament de Catalunya, legislación de carácter territorial por lo que respecta a la protección de los menores que se encuentren en Catalunya, sea cual sea su vecindad civil y aún sin distinción de nacionalidad (artículos 1 Ley 37/1991 y 9.6 *in fine* del CC que al llamar a la ley española se entiende –artículo 12.5 CC– que lo hace a la ley catalana aplicable territorialmente).

Concurre en el presente caso una causa de desamparo firme por aquietamiento de la familia biológica que radica en la absoluta incapacidad

de los padres de ejercer su potestad, lo que el tiempo ha demostrado que es una situación permanente y sin posibilidad de retorno; de ahí que se constituyera en su día el acogimiento preadoptivo por concurrir la causa del artículo 13.1.b) de la Ley 37/1991 en relación con el artículo 2.2.a) de la misma. Acogimiento que también es firme por falta de oposición.

Debe recordarse que la finalidad natural del acogimiento preadoptivo es la constitución de la adopción en interés del menor en cuestión cuando se reúnan los requisitos materiales (consolidación del acogimiento, según consta en los informes de seguimiento) y formales –únicos objetos procesales de este procedimiento, en realidad–, [a saber: propuesta previa –artículo 120 C. de F.–, acogedores –artículo 117.1.d) del C. de F.– preadoptivos idóneos –artículo 115 del C. de F.– y que consientan –artículo 121 del C. de F.– y audiencia de la familia biológica que se halle concurriendo en causa de privación de la potestad –artículo 122.1.b) y 123.a) del C. de F.–, como aquí sucede claramente, de forma que no puede a estas alturas pedirse la necesidad de un asentimiento materno, cuando por actos propios –pasividad, falta de oposición– se han ido consintiendo todas las resoluciones previas –desamparo, acogimiento simple, acogimiento preadoptivo– y confirmándose la inocencia en la causa de privación de potestad –abandono– en que incurre la familia nuclear, integrada por la madre biológica]. Y todos esos requisitos concurren en este procedimiento.

La madre ha sido oída, con gran esfuerzo de localización por parte del órgano judicial, y no existe infracción del procedimiento adecuado al caso.

PROCEDIMIENTO DE MENORES

Es ajustada a derecho la declaración de desamparo de los menores ante la acreditada desatención y abandono por parte de los padres de los más elementales deberes inherentes a la patria potestad, careciéndose de información y datos para confirmar la estabilidad de la pareja, su responsabilidad como padres y el control emocional de la misma.

AP SEVILLA, SEC. 2.ª, SENTENCIA DE 13 DE SEPTIEMBRE DE 2004

Ponente: Ilmo. Sr. don Andrés Palacios Martínez

Que por la representación procesal de don Alfredo se ha interpuesto recurso de apelación contra la sentencia dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 7 (Familia) de esta ciudad, en base a una errónea apreciación de la prueba realizada por

el juez *a quo* y por la que ratificaba la resolución dictada por la Delegación Provincial de la Consejería de Asuntos Sociales de la Junta de Andalucía de fecha 13 de Junio de 2001 declarando en situación de desamparo al menor Luis.

Del análisis de la prueba documental aportada se desprende que, cuando se dictó la correspondiente resolución administrativa por parte de la Delegación Provincial de la Consejería de Asuntos Sociales, se daban suficientes motivos y factores de riesgo con respecto a los menores Luis (hijo del ahora apelante) y Luis Pablo (hijo de su pareja doña Clara), para la declaración de la situación legal de desamparo ante la absoluta desatención y abandono por parte de los padres de los más elementales deberes inherentes a la patria potestad, con la asunción por parte de la Entidad de protección de menores, de la tutela de los mismos a fin de procurarle una cobertura asistencial pública.

Muchos y graves fueron los hechos que motivaron la intervención administrativa (posible incendio el 24 de octubre de 2000 en la vivienda familiar, con la madre inconsciente por intoxicación etílica junto a sus hijos menores Luis y Luis Pablo; informe del Hospital de Valme de fecha 7 de junio de 2001 sobre posible agresión sexual al menor Luis Pablo; alcoholismo crónico de la madre, abandono del domicilio familiar por parte del actor en este procedimiento, sin asumir obligación alguna, con despreocupación de la situación en la que quedaba su hijo y compañera doña Clara, etc.) En este sentido, partiendo de la base de los principios que inspiran la protección de menores como son: el derecho de todo menor a crecer en el seno de una familia que cubra sus necesidades materiales, lo proteja y se responsabilice de él, lo que se complementa, con el derecho a crecer en un ambiente afectivo que le permita y potencie el desarrollo íntegro de su personalidad, es básico que debe de predominar siempre el interés del menor frente a cualquier otro. De ahí, que en el caso de autos, la intervención de la administración fue imprescindible ante la situación de desatención moral y material en la que se encontraban los menores ante el incumplimiento, abandono e inobservancia de las mínimas exigencias inherentes al ejercicio de la patria potestad.

Partiendo de esta situación, habrá de analizarse si han variado las circunstancias que propiciaron la intervención del sistema público de protección de menores; y en este sentido, si bien es cierto, que se ha producido una mejora en las condiciones de vida del opositor-apelante Sr. Alfredo y su pareja Sra. Clara en cuanto a la situación laboral de ambos, adaptación al medio e integración social, así como tratamiento de desintoxicación etílica; también lo es, que no debemos de olvidar, los informes psicológicos y sociales del área de Asuntos Sociales de la Diputación de esta ciudad referidos al Sr. Alfredo en donde se concluía, que no se habían

encontrado elementos que tanto por sus características personales como por el pronóstico de futuro pudieran asegurar la estabilidad del menor Luis en base a la aportación de los medios, personales, económicos, sociales y educativos, necesarios para asegurar una vida estable bajo la protección materna ni paterna; todo ello corroborado por el informe del equipo psicosocial adscrito a los Juzgados de Familia de esta ciudad, en donde con referencia a doña Clara se la considera «como una persona con una gran inestabilidad emocional y escaso control de los impulsos, que la han llevado a grandes crisis personales, con grandes carencias afectivas, que ha intentado suplir con distintas parejas, dando lugar a crisis que la llevan al consumo de alcohol y que la incapacitaban para ejercer de forma responsable la patria potestad, no siendo capaz de asegurar el bienestar y equilibrio emocional y psicológico del menor. Por otro lado, D. Alfredo, siendo consciente de la problemática de la madre, no ha tenido una actitud protectora ni para con su hijo ni para con su pareja, dejando a los menores en una situación de riesgo, manteniendo un comportamiento diferenciado hacia los dos menores (Luis Pablo y Luis) centrándose el ahora opositor única y exclusivamente en su hijo y lo injusto de su retirada». Así mismo del informe del Centro de Servicios Sociales del Ayuntamiento de Alcalá de Guadaira, se desprende que si bien «la situación de la pareja ha presentado progresos en los dos últimos años solamente podemos confiar su evolución favorable en los aspectos meramente visibles, al reconocer un solo contacto con doña Clara, careciendo de información y datos para confirmar la estabilidad de la pareja, su responsabilidad como padres y el control emocional de la misma, por lo que no pueden hacer una propuesta objetiva en relación a la situación de desamparo de los menores». Lo anteriormente expuesto nos lleva al pleno convencimiento de que en aplicación de la LO 1/1996 de Protección de Menores, conforme a la cual, «se primará el interés superior de los menores sobre cualquier otro interés legítimo que pudiese concurrir» estamos en el caso de confirmar la sentencia dictada por el Juez *a quo*, pues, valorada que ha sido la prueba en su conjunto desde la óptica del interés del menor y de la prevención de riesgos de reproducción de anteriores situaciones perjudiciales a su adecuado desarrollo, la medida acordada resulta beneficiosa para el precitado menor, no procediendo revisar lo actuado administrativamente, procediendo la desestimación del recurso de apelación interpuesto y la confirmación en su integridad de la resolución impugnada.

Revista de **Derecho de** **familia**

RESOLUCIONES DE LA DGRN

FILIACIÓN

Si la madre biológica está determinada por el parto, no puede figurar también como madre la mujer unida como pareja estable con la madre biológica, lo cual sólo es posible por medio de una adopción reservada en el Código Civil y en Cataluña a las parejas heterosexuales.

RESOLUCIÓN DE 30 DE SEPTIEMBRE DE 2004

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Por comparecencia en el Registro Civil de B. el 2 de marzo de 2004, doña M.V.T. y doña M.S.G.P., mayores de edad, solteras, vecinas de dicho municipio, solicitaban la anotación de la filiación materna no matrimonial de la primera y la anotación como comadre de la segunda en la inscripción de nacimiento de las dos hijas de la primera nacidas el 4 de febrero de 2004 en B.
- ⦿ Ratificadas las promotoras, el Juez Encargado dictó providencia con fecha 2 de marzo de 2004 denegando el reconocimiento de filiación por parte de doña M.S.G.P., ya que si se refería a la filiación materna, ésta ya estaba determinada, y por otro lado, si se refería a la filiación paterna, no es biológicamente posible, y ordenó la inscripción del nacimiento de las menores con la filiación materna que se desprendía del certificado médico requiriéndose a la madre para que designara nombre de padre a efectos identificadores, previniéndole de que, en caso de no verificarlo, se le impondría uno de oficio. Comparecida la madre solicitó se hiciera constar como nombre del padre «María».
- ⦿ Doña M.V.T. y doña M.S.G.P. presentan recurso ante la DGRN alegando que mantenían una relación de pareja de hecho desde 1983 teniendo una verdadera relación familiar con bienes comunes, de la que formaba parte el hijo de doña M.S.G.R. nacido el 13 de agosto de 2000, suponiendo el nacimiento de las dos niñas, de cuyo cuidado se responsabilizarían ambas, una ampliación del núcleo familiar e invocando la igualdad de trato independientemente de la orientación sexual reconocida en la Resolución del Parlamento Europeo de 8 de febrero de 1994, la Directiva Marco relativa a la igualdad de trato del Consejo Europeo 2000/78/CE de 27 de noviembre de 2000, las disposiciones constitucionales sobre protección al menor, igualdad de trato y no discriminación y diversas sentencias sobre uniones de hecho y sobre parejas homosexuales.
- ⦿ De la tramitación del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal que interesó la confirmación de la resolución recurrida por considerar su contenido ajustado a Derecho. El Juez Encargado del Registro Civil confirmó la resolución apelada por ser totalmente contraria al ordenamiento jurídico español la pretensión de las recurrentes.
- ⦿ La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Aun partiendo del principio incuestionable de que las parejas de homosexuales no deban ser objeto de discriminación, los efectos atribuidos a las mismas no pueden llegar al extremo de que se establezca doblemente, por la sola declaración de las interesadas, la maternidad tanto respecto a la mujer que ha dado a luz como respecto de la compañera estable de ésta. La maternidad es única en nuestro Derecho y queda determinada por naturaleza (cfr. artículo 87 del Código catalán de familia). El principio de veracidad biológica que inspira nuestro Ordenamiento en materia de filiación se opone frontalmente a que, determinada la maternidad por el hecho del parto, puede sobrevenir otro reconocimiento de la maternidad por otra mujer.

De los principios constitucionales no puede deducirse ninguna norma que apoye la solución

contraria y la postura mantenida en cuanto a la unidad de la maternidad es la que resulta del Código de Familia catalán, del Código Civil y de la legislación del Registro Civil. Recuérdese que no es eficaz la determinación de una filiación cuando hay otra contradictoria acreditada (cfr. artículos 113.II, CC y 50 LRC).

En definitiva el vínculo intentado de maternidad respecto de quien no es madre biológica sólo puede obtenerse a través de todo el mecanismo de la adopción. Ahora bien, ésta está limitada a las parejas heterosexuales en el Derecho positivo vigente del Código Civil y de la legislación civil especial de Cataluña, a cuya legislación se encuentran sujetas las recurrentes.

MATRIMONIO

Se deniega la celebración en España de un segundo matrimonio de dos marroquíes, él con residencia legal en España, que se encuentran vinculados por un matrimonio anterior entre sí celebrado en Marruecos por el rito coránico, que no consta disuelto, por lo que concurre el impedimento de ligamen.

RESOLUCIÓN DE 15 DE ABRIL DE 2004

ANÁLISIS DEL CASO

- Don Mohamed, nacido en Thnin Sidi Llanan el 1 de enero de 1950, de nacionalidad marroquí, con residencia legal en España, solicitó autorización para contraer matrimonio civil con doña Fettoum, nacida en Al Gharbia, provincia de Tetuán –Marruecos– en 1962, de nacionalidad marroquí. Manifiestan los interesados que contrajeron matrimonio religioso islámico en Marruecos el 16 de marzo de 1981 y solicitan en dicho escrito la autorización para celebrar matrimonio civil en España.
- Ratificados los interesados, comparece el peticionario el día 7 de junio de 2002 quien declara que no existe impedimento para su matrimonio, que se ratifica en su escrito inicial, que su estado civil es el de casado por el rito coránico y que residen en Ceuta desde septiembre de 2001. A continuación comparece la peticionaria quien declara que no existe impedimento alguno para su matrimonio, que se ratifica en su escrito inicial, que su estado actual es el de casada por el rito coránico y que residen en Tetuán desde prácticamente su nacimiento.

- ⦿ El Registro Civil de Ceuta envía un exhorto al Registro Civil del Consulado de España en Tetuán para que se oiga a los contrayentes reservadamente a fin de cerciorarse de la inexistencia del impedimento de ligamen o cualquier otro obstáculo legal para la celebración del matrimonio civil. En fecha 14 de abril de 2003 la Encargada del Registro Civil de Ceuta convoca en el tablón de anuncios a cuantas personas pudieran resultar afectadas por la solicitud para que formularan las reclamaciones que estimen convenientes ante el Juzgado.
- ⦿ En fecha 26 de mayo de 2003 comparece la interesada quien declara que conoce los fines del matrimonio, que no existe impedimento legal alguno al mismo, que pretende contraer matrimonio libre y voluntariamente sin haber sido coaccionada para ello. El Ministerio Fiscal informa en fecha 17 de octubre de 2003 que se opone a la pretensión deducida en dicho procedimiento. En fecha 20 de octubre de 2003 el Magistrado Encargado del Registro Civil de Ceuta deniega la pretensión de los interesados para contraer matrimonio civil conforme a la forma establecida para los españoles entendiendo que aunque el artículo 50 del Código Civil establece que si ambos contrayentes son extranjeros podrá celebrarse el matrimonio en España con arreglo a la forma prescrita para los españoles, el presente matrimonio incurre en impedimento legal por estar casados entre ambos por el rito coránico y ello de conformidad con lo establecido en el número 2 del artículo 46 del Código Civil al disponer que no pueden contraer matrimonio los que estén ligados con vínculo matrimonial.
- ⦿ De la interposición del recurso se dio traslado al Ministerio Fiscal quien impugna el recurso interpuesto ratificando su informe de fecha 17 de octubre de 2003 e interesando se dicte resolución confirmando la dictada por ese Registro Civil el 20 de octubre de 2003.
- ⦿ La DGRN desestimó el recurso.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

Los interesados, ambos de nacionalidad marroquí, él con residencia legal en España, contrajeron matrimonio religioso islámico en Marruecos el 3 de julio de 1980, según consta en acta incorporada al expediente, expedida por la autoridad marroquí. Solicitan ahora autorización para celebrar matrimonio civil en España entre sí, lo que se deniega por el Juez Encargado del Registro por existir entre ellos impedimento de ligamen.

El artículo 50 del Código Civil reconoce el derecho de los extranjeros a contraer matrimonio en España en la forma prescrita para los españoles o cumpliendo la establecida por la ley personal de cualquiera de ellos, pero, lógicamente, la apli-

cación de este artículo no procede cuando, como sucede en el presente caso, quienes han solicitado la autorización se encuentran ya ligados con vínculo matrimonial, que hay que entender subsistente al no constar en el expediente prueba alguna de su disolución (cfr. artículo 46-11 CC). En este sentido, es evidente que no puede admitirse que en una inscripción de matrimonio en el Registro español conste que los contrayentes ya estaban casados cuando se celebró el enlace. Recuérdese que el estado civil de cada contrayente en ese momento es un dato obligado en la inscripción de matrimonio (cfr. artículos 35 LRC y 12 y 258 RRC).

MATRIMONIO

Inscripción del matrimonio entre cubana y español de origen cubano en base a la presunción general de buena fe y a que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido, ha de ser preferible, aun en caso de duda, no poner trabas a la celebración o a la inscripción del enlace.

RESOLUCIÓN DE 17 DE ABRIL DE 2004

ANÁLISIS DEL CASO

● En fecha 11 de julio de 2003, doña M.-R.P.G., nacida en C., Cuba, el 25 de octubre de 1967, de estado civil divorciada antes de contraer matrimonio, de nacionalidad cubana, presentó en el Consulado General de España en L. impreso de declaración de datos para la transcripción de su matrimonio celebrado el 10 de junio de 2003 en C. –Cuba– con don A.-R.P.P, nacido en C. –Cuba– el 5 de abril de 1960, de estado civil divorciado antes de contraer matrimonio y con nacionalidad española por recuperación.

● Ratificados los interesados, en fecha 11 de julio de 2003 comparece la contrayente ante el Registro Consular manifestando que tiene 34 años de edad; que es divorciada y de profesión técnico en contabilidad y hace dos años que no trabaja; que su actual esposo tiene 43 años de edad, que es divorciado y de profesión técnico en refrigeración; que se conocieron por cartas y fotografías en el año 1999; manifiesta la interesada que en julio de 2000 regresó a Cuba el Sr. P.P., por quince días e iniciaron una relación de pareja; que después de esta fecha no han vuelto a verse más; que contrajeron matrimonio por poder el 10 de junio de 2003; que la hija de la interesada, D.M.P., de tan solo 15 años contrajo matrimonio con el hijo del contrayente español, Sr. A.P.M., el 4 de marzo de 2003; que la Sra. P.G. refiere que quiere vivir definitivamente en España con su hija; la compareciente desconoce otros datos personales de su actual esposo, así como lo relacionado con su entorno familiar; la hermana de la contrayente se encuentra residiendo en España; en enero de 2001 cuando la contrayente española se hospedó en el hotel donde trabajaba el Sr. B. que se relacionaron por siete días; que la contrayente regresó a Cuba en julio de 2002 por cuatro o cinco días; que ella regresó a Cuba en junio de 2003 quince días para la celebración del matrimonio; que volvió a visitar Cuba en julio pasado, permaneciendo siete días; que su esposa vive con su hermano mayor del cual no sabe su nombre; que piensa residir definitivamente en España; que no conoce otros datos relacionados con el entorno familiar de su esposa.

● En fecha 30 de septiembre de 2003 comparece el contrayente ante el Registro Civil de M. quien manifiesta que se ratifica en la solicitud de que el matrimonio contraído con doña M.-R.P. se transcriba en el Registro Consular del Consulado General de España en L.; que su esposa tiene 35 años; que nació el 25 de octubre de 1967 y es de nacionalidad cubana; que se conocieron el 31 de diciembre de 1998 en una fiesta familiar; que no han vivido nunca juntos; que no tienen hijos comunes; que el compareciente tiene un hijo de 20 años y su esposa una de 15 años; que su hijo vive en España, en M.; que está casado con una cubana llamada N.M.P.; que se casaron en julio o agosto de este año; que su hijo está casado con la hija de su actual esposa; que llevan un año y medio o dos años de relación; que su esposa no tiene teléfono; que ella nunca ha venido a España; que él lleva cuatro años en España, habiendo viajado a Cuba solamente una vez en el año 2000; que el compareciente es técnico en aire

acondicionado y refrigeración, trabajando en R.-V.; que su esposa no tiene trabajo, viviendo con sus padres llamados J. y A.; que también tiene tres hermanas: A. y L.; que su esposa nació en C. el 25 de octubre de 1967; que ella había contraído matrimonio con anterioridad no recordando la fecha; que ella nunca ha pedido el visado en Cuba; que en España vivirán en el domicilio del compareciente; que decidieron casarse en el año 2000 cuando el compareciente viajó a Cuba estando 15 días; que no se conocieron por cartas y fotografías sino personalmente; que se casaron por poderes. Del resultado de las audiencias el Cónsul considera que existirían suficientes razones para considerar como matrimonio de complacencia el matrimonio de referencia.

- ⊙ El Ministerio Fiscal estima que en la tramitación del expediente se han guardado las prescripciones legales y que existiendo una certeza racional de obstáculo legal que vicia la prestación del real y verdadero consentimiento matrimonial se opone a la transcripción del citado matrimonio en el Registro Civil Consular.
- ⊙ El Encargado del Registro Consular deniega mediante Auto de fecha 17 de noviembre de 2003 la transcripción del matrimonio de los contrayentes por considerarlo nulo, al no existir consentimiento matrimonial real por parte de los cónyuges incurriendo en un supuesto de matrimonio de complacencia.
- ⊙ Los interesados interpusieron recurso ante la DGRN que fue estimado acordándose la procedencia de la inscripción del matrimonio.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

No sólo en el expediente previo para el matrimonio civil, a través del trámite de la audiencia personal, reservada y por separado de cada contrayente (artículo 246 RRC), sino también cuando se intenta inscribir en el Registro Civil español un matrimonio ya celebrado en el extranjero mediante la certificación expedida por autoridad o funcionario del país de celebración (artículo 256.3.º RRC), es deber del Encargado cerciorarse de la inexistencia de impedimentos u otros obstáculos que provoquen la nulidad del matrimonio. Especialmente para evitar la inscripción de los llamados matrimonios de complacencia en los que el verdadero propósito de las partes no es ligarse con el vínculo matrimonial, sino aprovecharse de las ventajas de la apariencia matrimonial para facilitar la situación del extranjero en relación con los requisitos de entrada y permanencia en España, el Encargado debe calificar, a través de las declaraciones complementarias oportunas que integran el título inscribible (cfr. artículo 256 RRC), si ha habido verdadero consentimiento matrimonial en la celebración o si, por el contrario, se trata de un matrimonio simulado, nulo por la ausencia de dicho consentimiento matrimonial.

Ahora bien, las dificultades prácticas de la prueba de la simulación son sobradamente conocidas. No existiendo normalmente pruebas directas de ésta, es casi siempre necesario acudir a la prueba de presunciones, es decir, deducir de un hecho o de unos hechos demostrados, mediante un enlace preciso y directo según las reglas del criterio humano, la ausencia de consentimiento que se trata de probar (cfr. artículo 386 LEC).

En el caso actual los hechos comprobados por medio de esas declaraciones complementarias oportunas no son lo suficientemente clarificadores para deducir de ellos, sin sombra de duda, la existencia de la simulación. Las audiencias reservadas practicadas no han revelado ninguna contradicción o desconocimiento básico entre los contrayentes. Aunque es cierto que tampoco han revelado que entre ambos haya el profundo conocimiento que cabe esperar entre dos personas que contraen matrimonio, ello se debe más a lo formulario y sucinto de las audiencias practicadas que a verdadero desconocimiento. El hecho de que la hija de ella esté casada con el hijo de él, que esta hija tenga quince años, aunque pueden inducir a la sospecha

de que falta el consentimiento matrimonial, no son suficientes, por sí mismos, para revelar sin género de duda esa ausencia. En cambio, el hecho de que la relación entre ambos se haya iniciado en el año 2000, lejos de revelar la ausencia de consentimiento, hace pensar en su existencia puesto que revela que la relación, al menos, ha sido larga.

Si se tiene en cuenta la presunción general de buena fe y que el *ius nubendi*, como derecho fundamental de la persona, no debe ser coartado, postergado o denegado más que cuando exista una certeza racional absoluta del obstáculo legal que vicie de nulidad al matrimonio pretendido,

ha de ser preferible, aun en caso de duda, no poner trabas a la celebración o a la inscripción del enlace. Como expresó en un supuesto similar la Resolución de 9.2.a) de octubre de 1993, «ante la opción de autorizar (aquí inscribir) un matrimonio que eventualmente sea declarado nulo o de coartar el *ius connubii*, este Centro Directivo ha de elegir la primera alternativa». «Siempre quedará a salvo la posibilidad de que el Ministerio Fiscal inste judicialmente la nulidad del matrimonio (cfr. artículo 74 CC) en un juicio declarativo ordinario en el que con toda amplitud podrán enjuiciarse las circunstancias del caso concreto».

INCAPACIDAD

No es necesaria la aprobación judicial de la partición de herencia llevada a cabo por los herederos en el que uno de ellos actúa en nombre propio y como tutor de su hermana incapaz cuando sólo existe un bien, que se adjudica a todos ellos en pro indiviso respetando la cuota usufructuaria viudal.

RESOLUCIÓN DE 14 DE SEPTIEMBRE DE 2004

ANÁLISIS DEL CASO

● El 2 de abril de 2004 don Francesc Xavier Francino i Batlle, Notario de La Seu d' Urgell, autorizó una escritura de aceptación y manifestación de herencia por virtud de la cual, doña Ana María C.B. y los hermanos G.C., Juan, Antonio, Bartolomé, Ginesa y Fernando Ana María, como herederos abintestato de Antonio G.F. disolvían la sociedad de gananciales, aceptaban la herencia y partían los bienes hereditarios. Se debe señalar que doña Ginesa G.C. actúa en su propio nombre y derecho y como tutora legal de su hermana doña Adoración G.C.

● En dicha escritura de manifestación de herencia se expresa que «Intervienen todos ellos en su propio nombre y derecho, además doña Ginesa G.C., en nombre y representación de su hermana doña Adoración G.C. Ejerce esta representación en su calidad de tutora legal de la Sra. Adoración en virtud de Auto del Juzgado de Balaguer 1 de fecha 4 de julio de 2000, cuyo cargo aceptó en acta otorgada ante el titular del Jutjat número uno, de Primera Instancia de La Seu d' Urgell, el día 18 de septiembre de 2000. He tenido a la vista Testimonios de ambos documentos en los que se otorgan facultades a doña Ginesa G.C., que yo, el Notario, considero suficientes para otorgar la presente escritura de aceptación y manifestación de herencia. Manifiesta la vigencia e ilimitación de su cargo titular, así como la subsistencia e incapacidad de su representada».

● El Registrador de la Propiedad de Parchena denegó la inscripción por: A) no acompañarse testimonio del auto de nombramiento de doña Ginesa G.C. como tutora de doña Adoración G.C., así como del acta de aceptación del cargo, conforme a los artículos 184 y siguientes de la Ley 9/1998, de 15 de julio, por la que se aprueba el Código de Familia de Cataluña. B) Falta acreditar la aprobación judicial de la partición, conforme a lo dispuesto en el artículo 57 en relación con la Disposición Transitoria Segunda del Código de Sucesiones de Cataluña de 30 de diciembre de 1991.

● Los interesados interpusieron recurso gubernativo ante la DGRN que fue estimado.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

El objeto del presente recurso consiste en dilucidar si el Notario ha cumplido con las exigencias dimanantes del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, de Medidas Fiscales, Administrativas y del Orden Social, al reseñar el poder del que emanan las facultades representativas de los apoderados e incorporar un juicio de suficiencia de tales facultades atendido el negocio jurídico concluido. Asimismo, se plantea la cuestión relativa a la aprobación judicial de la partición, dada la presencia de una incapacitada, que está representada para el acto por su hermana, tutora legal de aquélla.

La Registradora de la Propiedad calificó del modo expuesto en el Hecho Segundo el título presentado interponiendo el Notario recurso frente a dicha calificación con base en los siguientes argumentos: primero, que la aportación de los testimonios de las resoluciones judiciales relativas al nombramiento de tutor y a la aceptación del cargo, no es precisa examinado el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y que, en cualquier caso, los preceptos citados por la funcionaria calificadora, en ningún caso, fundan la pretensión de ésta de que tales testimonios se aporten; segundo, en lo relativo a la vigencia y aplicación al supuesto del artículo 57 y Disposición Transitoria Segunda del Código de Sucesiones por causa de muerte, aprobado por Ley 40/1991, de 30 de diciembre, es cierto que el mismo exige aprobación judicial para la partición, pero no es menos cierto que el artículo 212 de la Ley 9/1998, de 15 de julio, por el que se aprueba el Código de Familia es ley posterior y que, como tal, ha derogado tácitamente esa norma. A tal efecto, añade que no puede considerarse ley especial el Código de Sucesiones por causa de muerte, dada la pretensión declarada de complitud del Código de Familia en esta materia, así como por la evolución legislativa seguida al respecto. Añade que el artículo 62 de la Ley 39/1991, de 30 de diciembre, de la tutela e instituciones tutelares, exigía la autorización judicial previa y su aprobación posterior, tanto para la partición como para la división de la cosa común. Sin embargo, esta exigencia ha desaparecido en el actual artículo 212 del Código de Familia, lo que supone buena prueba de la innecesariedad de esa aprobación judicial. Por último, la derogación del artículo 57 del Código de Sucesiones por causa de muerte, en este punto, resulta aun más palpable si se atiende al hecho de que para cualquier otra división de cosa común no se exige dicha aprobación judicial; tercero y último, aun cuando no estuviera derogado el artículo 57 del citado Código de Sucesiones por causa de muerte, una interpretación teleológica del mismo, a la luz de las Resoluciones de este Centro Directivo, pone

de manifiesto la innecesariedad de la aprobación judicial dado que siendo el único bien partible en origen ganancial, no se da oposición de intereses en la formación de inventario. Se añade que, al ser la liquidación del bien total, y al adjudicarse a todos los herederos por igual los bienes indiviso, no existe conflicto de intereses y la aprobación judicial es innecesaria.

Como cuestión formal previa, esta Dirección General debe recordar que el informe de la Sra. Registradora no es el momento procedimental idóneo para incluir nuevos argumentos o para ampliar los ya expuestos en defensa de su nota de calificación. La aplicación de un mero principio de seguridad jurídica obliga a que el funcionario calificador exponga en su nota de calificación la totalidad de los Fundamentos de Derecho que, a su juicio, impiden la práctica del asiento solicitado.

Dicha integridad en la exposición de los argumentos sobre los que el Registrador asienta su calificación es requisito *sine qua non* para que el interesado o legitimado en el recurso (artículo 325 de la Ley Hipotecaria) pueda conocer en su totalidad los razonamientos del Registrador, permitiéndole de ese modo reaccionar frente a la decisión de éste.

Por ello, en las Resoluciones de este Centro Directivo de 23 de enero, 8 de febrero y 17 de noviembre de 2003, se manifestaba que el contenido del informe del Registrador debía reducirse a cuestiones de mero trámite, pues ésta es la única finalidad del mismo, sin que quepa adicionar argumento alguno; debemos añadir, en este punto, que el informe de la Sra. Registradora tampoco debe utilizarse como réplica a los argumentos utilizados por el recurrente en su recurso y que, obviamente, no se constituye en una suerte de contestación a la demanda. Cuando este Centro Directivo se está refiriendo a cuestiones de mero trámite, quiere expresar que en dicho informe habrán de incluirse aspectos tales como: fecha de presentación del título calificado y las incidencias que hayan podido existir: por ejemplo, que dicho título se retiró para ser subsanado o para pago de los impuestos que gravan el acto o negocio jurídico sujeto a inscripción; fecha de calificación del título y de notificación a los interesados en éste, etc.

En consecuencia, el informe del Registrador no tiene ni debe tener por contenido defender la nota de calificación a la vista del recurso del Notario, exponiendo nuevos argumentos, pues con tal forma de actuar se está privando al recurrente del conocimiento íntegro de las razones por las que el funcionario calificador decidió no practicar el

asiento solicitado. En suma, el momento procedimental único e idóneo en el que el Registrador ha de exponer todos y cada uno de los argumentos jurídicos que motivan su decisión es en la calificación (artículo 19 bis de la Ley Hipotecaria). La conclusión de cuanto antecede es que no puede tenerse en cuenta las alegaciones de la Sra. Registradora contenidas en su informe, en cuanto exceden del ámbito material propio de éste a tenor de la normativa máxime en un supuesto como éste en el que los argumentos que fundan la calificación son desarrollados con notoria extensión atendida a concisión de la calificación. Debe añadirse que, por el contrario, del expediente no se derivan cuestiones tales como la fecha de notificación de la calificación, medio empleado, fecha del asiento de presentación, siendo éstas las cuestiones que se deberían haber incluido en el informe de la Sra. Registradora.

La cuestión objeto de este recurso ha sido abordada en diferentes ocasiones por este Centro Directivo (así, Resolución de 12 de abril de 2002, por la que se resuelve una consulta vinculante formulada por el Consejo General del Notariado y Resoluciones de 23 y 26 de abril, 3 y 21 de mayo, 30 de septiembre y 8 de noviembre de 2002, 29 de septiembre de 2003 y 11 de junio de 2004). Asimismo, esta Dirección General no desconoce la existencia de pronunciamientos judiciales contradictorios de los que destacan, dado que son resoluciones de Audiencias Provinciales, las Sentencias de 28 de abril de 2004 de la Audiencia Provincial de Alicante y de 30 de junio de 2003, 30 de enero y 18 de marzo de 2004 —esta última resolviendo diez procesos acumulados— de la Audiencia Provincial de Valladolid. Este cúmulo de pronunciamientos y, sobre todo la existencia de un elevado número de recursos sobre la misma materia pendientes de resolver, obliga a que esta Dirección General recuerde, una vez más, cuál es la interpretación adecuada del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, máxime cuando la disparidad interpretativa producida en las Audiencias Provinciales tiene como única causa la Resolución de esta Dirección General de 12 de abril de 2002, pues se interpreta en sede judicial desde ópticas dispares lo que este Centro Directivo quiso manifestar. A estos efectos, resulta ilustrativo señalar que en las sentencias antes citadas se llega a conclusiones distintas con base, únicamente, en lo expuesto por esta Dirección General en la Resolución de 12 de abril de 2002. Parece lógico, por tanto, que esta Dirección General aclare, una vez más, cuál es el sentido e interpretación que del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, entiende más acorde y que ha sido siempre el mismo, como posteriormente se expondrá, desde la mencionada Resolución de 12 de abril de 2002.

Por último, esta Dirección General no puede hacer dejación del ejercicio de sus funciones en una materia en la que los únicos perjudicados están siendo los usuarios y destinatarios del sistema de seguridad jurídica preventiva que no saben a qué atenerse ante la disparidad de criterios existentes entre los funcionarios llamados a prestar el servicio público de seguridad jurídica preventiva. Esta situación debe, en consecuencia, aclararse de modo definitivo en lo que respecta a este Centro Directivo para que todos —Notarios, Registradores y, esencialmente, los usuarios del sistema— sepan a qué atenerse, pues una de las premisas de todo ordenamiento jurídico moderno es el de la previsibilidad en la respuesta que se deba dar a un mismo problema jurídico; previsibilidad que es, si cabe, más exigible de quienes son funcionarios y de una Administración Pública en el ejercicio de sus competencias.

El artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, afirma que: «1. En los instrumentos públicos otorgados por representantes o apoderado, el Notario autorizante insertará una reseña identificativa del documento auténtico que se haya aportado para acreditar la representación alegada y expresará que, a su juicio, son suficientes las facultades representativas acreditadas para el acto o contrato a que el instrumento se refiera. 2. La reseña por el Notario del documento auténtico y su valoración de la suficiencia de las facultades representativas harán fe suficiente por sí solas, de la representación acreditada, bajo la responsabilidad del Notario.»

Exponíamos en la Resolución de 12 de abril de 2002 que el artículo 98 no había modificado el esquema de la seguridad jurídica preventiva, ni las funciones que desarrollaban Notarios y Registradores; añadíamos que la novedad introducida por tal precepto era atribuir «plena eficacia formal por sí sola a la manifestación notarial relativa a la suficiencia de las facultades representativas», siendo así que tal novedad consistía en que dicha eficacia formal se establecía en una norma con rango de Ley y que se exigía al Notario que éste expresara en un juicio expreso y concreto si el representante gozaba de facultades suficientes para concluir el negocio jurídico de que se tratara.

Precisando aun más el alcance de la innovación, debe advertirse que el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, impone al notario, respecto de la situación anterior, una obligación específica exigiéndole que efectúe un juicio expreso y concreto acerca de la suficiencia y subsistencia de las facultades con las que actúa el representante, teniendo dicha obligación como consecuencia la modificación de la forma en la que el notario ha de plasmar tal juicio en el documento, todo ello en

aras de la mejora del sistema de seguridad jurídica preventiva y del interés de los otorgantes. Por ello, el Notario no cumple el mencionado artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, si se limita a transcribir, relacionar o testimoniar facultades, pues no es ésa la obligación que impone tal precepto al Notario.

Esta obligación, aunque genérica, no era novedosa, pues el Notario, en el ejercicio del control de legalidad que tiene atribuido, sólo puede autorizar aquellos negocios que sean conformes con el ordenamiento jurídico —artículos 1, 2 y 17 bis de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862 y 145 de su Reglamento Notarial, aprobado por Decreto de 2 de junio de 1944—. Por ello, el artículo 166 del Reglamento Notarial exigía que el Notario insertara en el cuerpo de la escritura los documentos fehacientes que acreditaran la representación, siendo así que tal incorporación se podía efectuar mediante la inserción en el cuerpo de la escritura de tal documento, o bien incorporándolo mediante original o a través de un testimonio en relación en el que se expresara lo pertinente en orden a las facultades representativas, debiendo añadir que en lo omitido no existía nada que desvirtuara lo transcrito o testimoniado.

Concluía la Resolución de 12 de abril de 2002, a los efectos que interesa, identificando los dos elementos a los que se refiere dicho artículo 98; de un lado, la reseña del documento auténtico del que nacen las facultades representativas y, de otro, el juicio de suficiencia que de tales facultades, atendido el negocio jurídico que se pretende concluir, debe realizar inexcusablemente el Notario.

En Resoluciones posteriores (las de 23 y 26 de abril, 3 y 21 de mayo de 2002) se concretaba el ámbito y contenido de los dos elementos previstos en el artículo 98. Así, de la reseña se decía que es un hecho y que «tiene por objeto los datos de identificación del documento» y del juicio que es «una valoración de la suficiencia de las facultades representativas», siendo así que ambos elementos «harán fe suficiente, por sí solas,..., de la representación acreditada, bajo la responsabilidad del Notario».

Volviendo a la Resolución de 12 de abril de 2002, y respecto de la tarea calificadora que compete al Registrador, se afirma que es necesario que el juicio de suficiencia del Notario incorpore «los elementos necesarios para que el Registrador ejerza su función calificadora y pueda comprobar la adecuación de las facultades representativas al negocio otorgado cuya inscripción se pretende». De ahí que en posteriores Resoluciones se concrete que «por ello el Registrador debe comprobar si en la escritura figura la reseña de los datos identificativos del documento de representación y la valoración de la

suficiencia de las facultades en congruencia con el contenido de la propia escritura y del Registro», de ahí que «si la reseña es errónea, o la valoración de la suficiencia de las facultades contradicha por el contenido de la escritura o por los asientos registrales, el Registrador deberá denegar la inscripción» (Resoluciones de 23 y 26 de abril, 3 y 21 de mayo de 2002).

La cuestión se traslada, por tanto, a si para cumplir adecuadamente las exigencias del artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, y permitir que el Registrador ejerza correctamente sus funciones, es preciso que ese juicio del Notario acerca de la suficiencia de las facultades representativas conlleve, asimismo, la obligación de que éste incorpore, sea mediante un testimonio total o parcial el documento auténtico del que nacen dichas facultades, o acompañe el mismo o, incluso, que el juicio de suficiencia del Notario pudiera verse sustituido por la simple transcripción de facultades de ese documento auténtico, lo que resultaría aún más grave.

Pues bien, llegados a este punto tal cuestión ya ha sido resuelta más que sobradamente por esta Dirección General en sentido negativo, esto es, declarando que «no puede sostenerse que el Registrador pueda exigir que se incorpore o aporte copia auténtica del poder, cuando se ha formulado por el Notario el juicio de suficiencia de las facultades representativas conforme al artículo 98 de la Ley 24/2001. Y, como resulta de las Resoluciones de 12 [nótese que esta Resolución resuelve la consulta que ha dado lugar a la disparidad judicial de criterios y que ya en la misma se afirmaba que el Notario no tenía que incorporar parte alguna del poder y, mucho menos, acompañarlo], 23 y 26 de abril y 3 y 21 de mayo y 30 de septiembre (que son vinculantes para todos los Registros —cfr. artículos 327 de la Ley Hipotecaria y 103 de la Ley 24/2001—), tampoco puede entenderse que dicha norma exija al Notario, además de reseñar los datos identificativos del poder y de valorar su suficiencia, que transcriba o copie, siquiera sea parcialmente, las facultades contenidas en aquél» (Resoluciones de 30 de septiembre y 8 de noviembre de 2002).

La precedente afirmación de esta Dirección General guarda una relación directa con la innovación que supone el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, ya que la misma trasciende de la mera actuación del Notario, pues si hasta la entrada en vigor de este precepto el Registrador debía controlar como una formalidad extrínseca del documento la existencia y contenido de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, asimismo, si se había incorporado éste o transcrito o testimoniado las facultades repre-

sentativas, desde la entrada en vigor del precepto mencionado el registrador no podrá exigir, en ningún caso, que el notario transcriba o testimonie y, mucho menos acompañe el documento del que nace la representación, pues ésta ha sido la novedad querida por el Legislador.

La consecuencia de cuanto antecede resulta evidente. Así, para que pueda entenderse válidamente cumplido el artículo 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, el Notario deberá emitir con carácter obligatorio un juicio, una calificación si se prefiere, acerca de la suficiencia de las facultades contenidas en el mandato representativo para formalizar el acto o negocio jurídico pretendido o en relación a aquellas facultades que se pretendan ejercitar. Obviamente, las facultades representativas deberán acreditarse al Notario mediante exhibición del documento auténtico. Asimismo, el Notario deberá hacer constar en el título que autoriza que se ha llevado a cabo ese juicio de suficiencia; que tal juicio se ha referido al acto o negocio jurídico documentado o a las facultades ejercitadas; que se han acreditado al Notario dichas facultades mediante la exhibición de documentación auténtica y la expresión de los datos identificativos del documento del que nace la representación que deberá comprender, al menos, el nombre o denominación social del poderdante y del apoderado, el nombre del Notario autorizante, la fecha del documento, el número de protocolo y su vigencia.

Las obligaciones para el Registrador son también palmarias puesto que deberá calificar, de un lado, la existencia y regularidad de la reseña identificativa del documento del que nace la representación y, de otro, la existencia del juicio notarial de suficiencia expreso y concreto en relación con el acto o negocio jurídico documentado o las facultades ejercitadas y la congruencia de la calificación que hace el Notario del acto o negocio jurídico documentado y el contenido del mismo título.

Dicho de otro modo, deberá, calificar que se ha practicado la reseña de modo adecuado y que se ha incorporado un juicio de suficiencia de las facultades del representante, siendo el contenido de éste y de la calificación que hace el Notario congruente con el acto o negocio jurídico documentado.

Por último, en el ejercicio de esa función calificadora el Registrador no podrá, en ningún caso, solicitar que se le acompañe el documento auténtico del que nacen las facultades representativas; o que se le transcriban facultades o que se le testimonie total o parcialmente contenido alguno de dicho documento auténtico del que nacen las facultades representativas; igualmente, no podrá acudir a ningún medio extrínseco de calificación. La razón esencial por la que el Registrador ha de sujetarse en su función a lo que resulte del título presentado

se deriva de los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 18.2 del Código de Comercio, pues de su simple lectura se advierte que en el ejercicio de su función pública el Registrador tiene tasados los medios de calificación siendo los mismos dos: el título presentado a inscripción y los asientos del Registro del que sea titular, lo que resulta plenamente armónico y coherente con la presunción de integridad y veracidad que se atribuye al documento público notarial *ex* artículo 17 bis de la Ley del Notariado, de 28 de mayo de 1862.

Llegados a este punto hemos de analizar si el recurso interpuesto debe ser o no estimado.

Examinado el título presentado se observa en éste una especialidad consistente en que la reseña se efectúa de dos testimonios de sendas actuaciones judiciales. Ahora bien, aparte de tal consideración no puede negarse a tales documentos el carácter de auténticos y, asimismo, debe considerarse que la reseña está hecha con corrección, pues en la misma se indica el tipo de resolución, el Juzgado del que proviene y su fecha. Cabe añadir, asimismo, que en el presente caso no nos encontramos con una calificación de documentos judiciales, sino por el contrario de un documento público notarial en el que se reseñan los datos identificativos de las resoluciones judiciales. Además, se recoge la manifestación de la tutora relativa a la vigencia de su cargo y a la subsistencia de la situación de incapacidad de su hermana. Desde esa perspectiva, debe calificarse como correcta la reseña efectuada.

En cuanto al juicio de suficiencia se afirma en el título que «... yo el Notario considero suficientes para otorgar la presente escritura de aceptación y manifestación de herencia...», siendo así que tal juicio es congruente y coherente con el negocio jurídico documentado en el título y con el mismo contenido de éste, pues se trata de una escritura de aceptación y manifestación de herencia.

Así las cosas, el recurso debe ser estimado en su integridad, ya que el Notario ha cumplido fielmente con sus obligaciones –reseñar el documento auténtico del que nacen las facultades representativas y emitir un juicio de suficiencia de éstas que resulta coherente con el negocio jurídico documentado.

Carecen, por tanto, de virtualidad alguna los obstáculos manifestados por el Registrador, ya que atendidos los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 98 de la Ley 24/2001, de 27 de diciembre, el Notario no tiene por qué reseñar en modo alguno el contenido del documento del que nacen las facultades representativas; en idéntico sentido, no puede el Registrador exigir que se le acompañe documento alguno, pues con tal actuación está infringiendo los artículos 18 de la Ley Hipotecaria y 17 bis de la Ley del Notariado, al tener que ejercer su función calificadora por lo que resulte del título

y de los asientos del Registro, sin acudir a medios extrínsecos de calificación; por último, el juicio de suficiencia del Notario está suficientemente motivado, ya que resulta congruente con el contenido del negocio jurídico documentado en el título, siendo este aspecto capital el que debería haber calificado el Registrador, esto es, si es congruente el juicio de suficiencia emitido por el Notario con el contenido del título, examinado el negocio jurídico concluido.

Respecto del segundo defecto, esta Dirección General debe manifestar que su competencia es limitada, pues de conformidad con la Disposición Adicional Séptima de la Ley Orgánica 6/1985, de 7 de julio, del Poder Judicial y artículo 324 de la Ley Hipotecaria, compete a los órganos jurisdiccionales radicados en la Comunidad Autónoma en que esté demarcado el Registro de la Propiedad, el conocimiento de los recursos que se interpongan frente a calificaciones de los Registradores de la Propiedad en materia de derecho privativo de las respectivas Comunidades Autónomas cuando su Estatuto así lo hubiera dispuesto.

Sin embargo, en el presente recurso se dan dos especialidades consistentes en que se alegan dos defectos por la Sra. Registradora siendo así que el primero —no aportación de testimonio de las resoluciones judiciales— debe considerarse presupuesto del segundo, pues es evidente que si la Sra. Registradora duda de la representación de la tutora legal de la incapaz, el mismo acto documentado en la escritura pública carecería de efecto y, todo ello, sin entrar a considerar si es precisa o no la aprobación judicial de dicha partición.

La segunda especialidad es aun más evidente, ya que la finca objeto de partición se encuentra situada en la Comunidad Autónoma de Andalucía y en consecuencia el Registro de la Propiedad del que es titular la funcionaria autora de la calificación, no se encuentra radicado en la Comunidad Autónoma de Cataluña.

En consecuencia, y por ambos motivos, esta Dirección General debe resolver el presente recurso interpuesto frente a la calificación de la Sra. Registradora de Purchena.

La cuestión debatida ha sido ya resuelta por esta Dirección General, si bien que desde la perspectiva del Derecho Civil común, debiéndose aplicar al presente recurso idéntica tesis, pues la razón de ser de la normativa de Derecho Civil catalán es la misma, esto es, evitar cualquier perjuicio presente a un incapaz que se ve representado para un acto determinado por su tutor legal.

En efecto, en las Resoluciones de este Centro Directivo de 27 de enero de 1987, 10 de enero de 1994, 6 de febrero de 1995, 11 de marzo y 29 de julio

de 2003, se afirmaba que la presencia de un menor o de un incapaz obligaba a extremar la cautela en todo acto relativo a su patrimonio en que se pudiera producir un perjuicio, razón por la cual existen instituciones como la del defensor judicial o la de la aprobación judicial para determinados actos, por ejemplo, la partición o la aceptación de herencia pura y simple.

Ahora bien, tal cautela debe coordinarse con la necesaria agilidad y, sobre todo, con la finalidad querida y perseguida por el legislador, de modo que no existiendo conflicto de intereses ni perjuicio presente para quien actúa representado por su tutor o quien ejerza la patria potestad, no es preciso acudir a esas instituciones o mecanismos de defensa del menor o del incapaz.

Por ello, y por ejemplo en la Resolución de 10 de enero de 1994 con cita de otra de 14 de marzo de 1991, se concluía que en aquellos supuestos en los que pudiera existir un conflicto de intereses en la determinación de las masas patrimoniales que se adjudicaban al menor o incapaz y a su representante, era preciso el nombramiento de un defensor judicial. Al contrario, si no existía tal conflicto de intereses devenía innecesario el nombramiento de ese defensor judicial.

Asimismo, en la Resolución de 6 de febrero de 1995 se indagaba si cabía la posibilidad de que existiera conflicto de intereses cuando los bienes tenían carácter ganancial, concluyendo que al no operar la presunción de ganancialidad (artículo 1361 del Código Civil) no cabe la posibilidad de que pueda ser destruida y por consiguiente no surge oposición de intereses en la realización de los bienes que son gananciales, sino que esa posibilidad solamente puede darse en las adjudicaciones ulteriores. Se añadía que, obviamente, en el supuesto de que se adjudicaran bienes concretos sí que podía producirse dicha contraposición de intereses, pero que tal posibilidad decaía si se adjudicaban los bienes en comunidad romana o por cuotas partes indivisas, máxime si en tal caso a todos los adjudicatarios les tocaba una cuota parte idéntica en la adjudicación; es más, se concluía que dicha inexistencia de conflicto de intereses existía incluso aunque se adjudicara en nuda propiedad una cuota parte indivisa a los herederos y en usufructo vitalicio al cónyuge viudo.

Llegados a este punto resulta preciso retomar el supuesto debatido en el presente recurso. En el caso examinado resulta que el causante y su viuda estaban casados en régimen de sociedad de gananciales y que el único bien que integraba el patrimonio ganancial es una cuarta parte indivisa de un inmueble. Asimismo, en la partición efectuada la viuda y los hijos acuerdan, primero, disolver la

sociedad de gananciales; segundo, aceptar la herencia de su padre haciéndolo la incapaz a través de su tutora legal a beneficio de inventario y, tercero, adjudicar a la viuda el usufructo viudal en una proporción determinada y al resto de los hijos, incluida la incapaz, la plena propiedad de unas cuotas, todas y cada una de ellas iguales.

Es evidente que con lo expuesto se aprecia que no existe contraposición, ni conflicto de intereses presente, lo que deviene innecesaria la aprobación judicial de la partición. Por último, si se acude a la normativa de Derecho Civil catalán, y sin perjuicio de la polémica relativa a la derogación tácita del artículo 57 del Código de Sucesiones por causa de muerte, lo cierto es que la conclusión es la misma.

En efecto, la Ley 9/1998, de 15 de julio, por la que se aprueba el Código de Familia de Cataluña nace con una vocación confesada en su Exposición de Motivos de complitud, esto es, de regulación global e íntegra de la normativa que respecto de la familia se encontraba dispersa en diferentes Leyes. Acudiendo al artículo 212 de la indicada norma, se observa que no se requiere la aprobación judicial de la partición y tampoco de la aceptación de la herencia, siempre que se haya efectuado a beneficio de inventario. Cabe añadir que, además, en el presente caso y por la partición efectuada no existe lesión alguna en el patrimonio del incapaz, de donde resulta innecesaria, además, la indicada aprobación judicial.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Habiéndose inscrito la finca con carácter ganancial, no puede ahora modificarse en dicha inscripción el carácter adquisitivo por más que el esposo reconozca la privaticidad del dinero invertido en su compra al encontrarse vinculado por los actos propios derivados de su intervención en la inscripción originaria.

RESOLUCIÓN DE 23 DE MARZO DE 2004

ANÁLISIS DEL CASO

- ⦿ Por escritura autorizada en Valencia, el 6 de julio de 1998, por el Notario don Vicente Espert Sanz, número 2807 de protocolo, los esposos doña Dolores R.N. y don Francisco S.D., compraron, con carácter ganancial, a la Mercantil H.N. SA, una participación indivisa de 11.108 avas partes del millón en que se consideraba dividido un local comercial, en planta baja y altillo, en la calle Beata G. de Valencia, y que da derecho al uso exclusivo de la plaza de garaje 84 y del trastero 83 de dicho local.
- ⦿ Dicha escritura fue inscrita en el Registro de la Propiedad número nueve de Valencia, a nombre de ambos esposos, por título de compra y con carácter ganancial. Posteriormente, y por otra escritura autorizada en Valencia, el 27 de octubre de 1999, por el Notario don Joaquín Sapena Davó, ambos esposos, reconocían que el dinero satisfecho en la venta anterior era privativo de doña Dolores R.N., y por tanto las participaciones indivisas adquiridas le correspondían a ésta como privativas (por confesión), solicitando del Registrador de la Propiedad lo hiciera constar así, y dotando a tal reconocimiento de trascendencia real. En la misma escritura, alegaban que doña Dolores R.N. había adquirido otros elementos en el mismo edificio, en escritura posterior, con carácter igualmente privativo confesado por su esposo, y que el dinero empleado tanto en la primera adquisición como en la posterior, procedía (lo que no se acreditaba) de una indemnización recibida por aquélla en un expediente de responsabilidad patrimonial de la Universidad de Valencia y la Consellería de Sanidad, lo que podía probarse si se estimara oportuno.

- Presentada la anterior escritura en el Registro de la Propiedad, número nueve de Valencia fue calificada con la siguiente nota: «Devuelto a esta Oficina por el presentante el precedente documento, solicitando se registre en cuanto a la finca número 11.376/28, se hace constar: Que se haya vigente el asiento de presentación que causó la anterior nota a pie de título, reflejo de las operaciones registrales entonces practicadas como únicas posibles, a petición del presentante, tras haberle sido comunicada verbalmente calificación parcialmente desfavorable. Que previo el examen y calificación preceptivos, se deniega el asiento registral de cambio del carácter adquisitivo de la finca de referencia número 11.376/28, por figurar la misma inscrita a favor de don Francisco y doña Dolores por el título de compraventa y con carácter ganancial, por no resultar justificado el carácter privativo de la contraprestación mediante prueba documental pública y dados los efectos consecuencia de la fungibilidad del dinero, así como por no poder admitirse en cuanto a esta finca, el reconocimiento o confesión de privatividad del marido, por resultar el mismo vinculado en virtud de actos propios derivados de su actuación en el título adquisitivo, todo ello de conformidad con el artículo 95 del Reglamento Hipotecario.
- Posteriormente y por otra escritura autorizada por el mismo Notario don Joaquín Sapena Davó, con fecha 26 de junio de 2000, se formalizó una nueva escritura, en este caso de ratificación, en la que, compareciendo tanto la representante de la Mercantil Vendedora, como ambos esposos compradores, ratifican todos la modificación efectuada en la escritura anterior, en orden al carácter confesado privativo de la participación, adquirida, en definitiva, por la esposa, con tal carácter, y solicitando se inscribiera en esos términos, en el Registro de la Propiedad.
- Presentada en el Registro de la Propiedad número nueve de Valencia, tanto la escritura de reconocimiento de privatividad formalizada por ambos esposos, como la de ratificación formalizada por éstos y la vendedora, ambas autorizadas por el Notario don Joaquín Sapena Davó, fueron calificadas en los siguientes términos: «Presentado de nuevo el precedente documento con fecha 12 de julio de 2000, causando el asiento 2.224 del tomo 13 del Diario, junto con otra escritura ante el mismo Notario de fecha 26 de junio de 2000, número 1.296 de protocolo, en la que la sociedad transmitente aprueba, acepta y ratifica la confesión de privatividad realizada por don Francisco Sánchez Díaz. Previo el examen y calificación preceptivos, se deniega el asiento registral de cambio del carácter adquisitivo de la finca de referencia número 11.376/28, al reiterarse la anterior nota de denegación, pues la intervención de la transmitente no libera al marido de la fuerza vinculante del acto propio.
- El Notario interviniente interpuso recurso gubernativo alegando que la rectificación no perjudica a los acreedores y legitimarios de ambos cónyuges, dados los términos del artículo 1324 del Código Civil, y que por tanto la confesión tiene efectos internos entre cónyuges y sirve para clarificar las relaciones entre los distintos patrimonios que existen dentro del complejo de la sociedad de gananciales; y que el artículo 1355 del mismo Cuerpo Legal admite los desplazamientos entre esos patrimonios. Que, en definitiva, estamos ante una rectificación registral, que es admisible al haber intervenido en la misma todos los titulares registrales.
- El Presidente del Tribunal Superior de Justicia de la Comunidad Valenciana estimó el recurso formulado por el Notario don Joaquín Sapena Davó, contra la calificación del Registrador de la Propiedad número nueve de Valencia, don Adrián Jareño González, atendiendo a las alegaciones efectuadas por el Notario, revocando en todos sus extremos la nota de calificación, ordenando la inscripción registral de las escrituras cuya calificación se recurre.
- El Registrador interpuso recurso gubernativo que fue estimado por la DGRN confirmándose la tesis mantenida por el citado Registrador en su calificación.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

1. Motivos del recurso interpuesto por el Registrador.

Que por la escritura calificada se pretende rectificar el carácter adquisitivo de una finca, que según el Registro tiene carácter ganancial definitivo y por tanto no cabe que por una confesión y una vez que aquel carácter ganancial ha sido aseverado por ambos consortes, se pueda destruir la manifestación primitiva, lo que sólo es admisible en los casos de incertidumbre sobre el carácter del bien.

Que tampoco cabe la rectificación, ya que se apoya en la confesión de quien no puede hacerla (el esposo que manifestó el carácter ganancial de la adquisición), quien se encuentra vinculado por la doctrina jurisprudencial de los actos propios, y no existe causa para llevar a cabo dicha transformación.

Que así se desprende del artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

Que no puede, pues, modificarse registralmente el carácter ganancial de la finca inscrita como tal.

2. Fundamentos jurídicos de la resolución de la DGRN.

Se presenta en el Registro escritura pública por la que unos cónyuges comparecen ante Notario, reconociendo el esposo que determinadas fincas, participaciones indivisas y valores fueron adquiridos con dinero de la exclusiva propiedad de la esposa, la cual había obtenido el dinero «como indemnización por el expediente de responsabilidad patrimonial seguido contra la Universidad de Valencia y la Consellería de Sanidad de la Generalidad Valenciana, lo que probará donde proceda».

El Registrador practica la nota marginal a que se refiere el artículo 95.6 del Reglamento, haciendo constar la cualidad de privativo confesado respecto de determinadas fincas que adquirió exclusivamente la esposa, denegando análoga nota respecto de otra que fue adquirida por los dos esposos y, en consecuencia, se inscribió a nombre de ambos con carácter ganancial, por resultar el marido vinculado por actos propios, y conforme a lo establecido en el artículo 95 del Reglamento Hipotecario.

Como consecuencia de lo anterior, se vuelve a presentar la misma escritura acompañada de otra en la que, compareciendo ambos esposos y la represen-

tante de la sociedad vendedora de la finca respecto de la que se denegó la constancia de la confesión de privatividad, esta última declara ratificar la escritura anterior, sin tener nada que oponer, por lo que se solicita la práctica del asiento correspondiente. El Registrador reitera la calificación anterior «pues la intervención de la transmitente no libera al marido de la fuerza vinculante del acto propio».

Recorre el Notario alegando que, en realidad lo que se solicita es la rectificación de un error contenido en el título que motivó la inscripción y que, existiendo el consentimiento de todos los otorgantes, nada se opone a la rectificación correspondiente, haciendo constar el carácter de privativo confesado de la finca en cuestión. El Presidente del Tribunal Superior estima el recurso, apelando el Registrador.

Hay que distinguir en el tema de la constancia registral del carácter de la contraprestación a los efectos de determinar la naturaleza —siquiera sea a los solos efectos registrales— del bien adquirido, dos supuestos distintos: una es la constancia de la confesión de privatividad realizada por el cónyuge a quien perjudica la misma respecto de un bien en cuya adquisición no hizo confesión o aseveración alguna, y que, en consecuencia, figura inscrito sólo a nombre del otro cónyuge, sin que su naturaleza con respecto a la sociedad de gananciales esté definitivamente establecida a los efectos registrales; y otro supuesto distinto es el que ocurre en el presente caso, en el que ambos cónyuges adquirieron, por lo que el bien se inscribió como ganancial. En este último supuesto, existió un error en el título —consistente en configurar al marido como adquirente— el cual acarreó un error en el Registro, donde la naturaleza del bien (por supuesto, a efectos registrales) aparece fijada, y este error, si bien es rectificable mediante el consentimiento de todos los que intervinieron en el negocio, y conforme al artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria, para ello será necesario, al menos que se declare el error que en su día se padeció, y, como consecuencia de ello, el asiento a practicar será la correspondiente inscripción de rectificación, que producirá los efectos que le son propios.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Denegación de la inscripción de la sentencia que aprobaba judicialmente un convenio regulador en el que se atribuía el uso de la vivienda familiar a la esposa e hijo, al constar en el Registro una previa inscripción de usufructo a favor del padre del esposo.

RESOLUCIÓN DE 21 DE JUNIO DE 2004

ANÁLISIS DEL CASO

- ⊙ En día 24 de junio de 2003 se presentaron en el Registro de la Propiedad núm. 11 de Valencia una serie de documentos consistentes en sentencia de separación, convenio regulador y declaración-liquidación del impuesto sobre transmisiones y actos jurídicos documentados con el fin de promover la inscripción de derecho de uso de la vivienda familiar sita en la calle ... a favor de doña Marta Pilar, de conformidad con lo expresado en Sentencia de 18 de febrero de 2003 dictada por el Juzgado de Primera Instancia núm. 24 de Valencia en procedimiento de separación núm. 959/2002, en la que se aportaba la propuesta de convenio regulador en el que se atribuía el uso de la citada vivienda a la señora Marta Pilar.
- ⊙ El Registrador de la Propiedad núm. 11 de Valencia denegó la inscripción en base a: 1) Falta describir la vivienda sobre la que recae el derecho de uso a que se refiere el acuerdo núm. 2 del convenio regulador, teniendo presente que dicha descripción debe ajustarse a las circunstancias recogidas en los artículos 9 de la Ley Hipotecaria y 51 de su Reglamento. Es subsanable. 2) Habida cuenta que sobre dicha vivienda corresponde el usufructo a un tercero que no consta que haya intervenido en el procedimiento, debe denegarse la inscripción del derecho de uso, conforme al artículo 20 de la Ley Hipotecaria y Resoluciones de la Dirección General de los Registros y del Notariado de 28 de noviembre y 17 de diciembre de 2002. Insubsanable. Debe igualmente expresarse que el derecho de uso también se atribuye a los hijos del matrimonio, con sus circunstancias.
- ⊙ Doña Marta Pilar interpuso recurso gubernativo contra la nota de calificación que es estimado parcialmente por la DGRN.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

1. Base jurídica del recurso gubernativo.

En relación con la calificación del defecto subsanable, que sea el Registrador el que dé traslado del recurso a los titulares de derechos inscritos y para el caso de que por el titular del usufructo se diera su consentimiento a la inscripción del derecho de uso, que la calificación sea rectificada por el Registrador. Respecto al derecho de uso, tras una serie de exposiciones respecto su naturaleza, con la afirmación de que es un derecho real de ocupación o posesión exclusiva que no impide el poder de disposición ni la posibilidad de ejercitar la acción de división, se reafirma en que dicho derecho de uso le ha sido atribuido a la señora Marta Pilar por sentencia judicial firme, inscribible conforme lo estableci-

do en los artículos 1, 2.2 y 3 de la Ley Hipotecaria; de tal forma que corresponde la inscripción del derecho de uso al Registro de la Propiedad núm. 11 de Valencia (artículo 1 Ley Hipotecaria), el título inscribible es un derecho de uso (artículo 2.2 Ley Hipotecaria) y tal título está consignado en documento auténtico expedido por Autoridad judicial. También se afirma que la inscripción del derecho de uso no produce indefensión alguna al titular del derecho de usufructo, ya que la inscripción de ambos derechos son compatibles, y es preciso salvaguardar los derechos de la parte recurrente inscribiendo su derecho con el fin de evitar posibles perturbaciones de terceros al amparo del artículo 34 de la Ley Hipotecaria.

2. Informe del Registrador de la Propiedad.

El Registrador mantiene su calificación y se reitera en su argumentación aunque, extrañamente considera que en el recurso planteado sólo se discute la denegación del derecho de uso. Subraya que en su criterio el recurrente se contradice cuando reconoce la posibilidad de la inscripción instada siempre y cuando el titular del derecho de usufructo presente su consentimiento a la titularidad del derecho de uso, que no al no figurar en el procedimiento judicial imposibilita la inscripción por el principio del tracto sucesivo. Declara que olvida la parte recurrente que no todo documento inscribible, judicial o no, se inscribe en el Registro, si de este último resultan obstáculos que impiden la inscripción, como es el caso, en el que un titular registral de un derecho no ha tenido intervención en el procedimiento correspondiente. Concluye el Registrador en su informe que en su calificación no discute la naturaleza jurídica del derecho de uso ni la compatibilidad entre el derecho de usufructo y del de uso, sino el incumplimiento del principio de tracto sucesivo recogido en el artículo 20 de la Ley Hipotecaria, y que, por tanto la sentencia afectará a las partes que hayan intervenido en el procedimiento, pero si se pretende que el documento acceda al Registro, se debe dar la intervención necesaria al Titular registral del derecho de usufructo para que dicho derecho no resulte vulnerado y que si bien es cierto que los Registradores, como funcionarios públicos, tienen la obligación de respetar y colaborar en la aplicación de las resoluciones judiciales firmes, no lo es menos que el principio constitucional de tutela judicial efectiva impide extender

las consecuencias de un proceso a quienes no han tenido parte en él.

3. Fundamentos de derecho de la DGRN.

En cuanto al primero de los defectos, debe ser rechazado. La descripción con los requisitos legales tiene por objeto la perfecta identificación de la finca. Pero si, en el presente caso, el Registrador no tiene duda alguna sobre la misma (es más, entiende que en su inscripción existe un derecho incompatible con el que ahora se pretende inscribir, lo cual presupone su identificación indubitada), es evidente la improcedencia del defecto achacado.

En cuanto al segundo de los defectos, ha de ser confirmado. No puede inscribirse el uso de la vivienda familiar cuando el usufructo de dicho bien pertenece a personas distintas de las que suscriben el Convenio Regulador. Cuestión distinta sería la de si podría inscribirse tal derecho como sucesivo al usufructo actual, pero este tema no se plantea, dados los términos del Convenio expresado.

Finalmente, debe abordarse el último de los temas a que alude la nota de calificación. Estima el Registrador que deben expresarse los nombres de los hijos del matrimonio y sus circunstancias personales, lo cual no es sino una derivación de que considera a los hijos como titulares del derecho al uso de la vivienda familiar. Respecto de ello cabe decir que la inscripción del uso de la vivienda tiene por objeto evitar la disposición del bien por su titular, defraudando el derecho del cónyuge y los hijos a habitar tal vivienda, y que la defensa de tal derecho se otorga sólo a tal cónyuge, por lo que no es necesario reseñar las circunstancias personales de los hijos.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Si constante el matrimonio el esposo adquirió un inmueble y se inscribió a su nombre y para su sociedad de gananciales, la circunstancia de que en la misma escritura se consignase por error el nombre de otra persona como esposa del comprador, para su rectificación bastará la petición de parte interesada acompañada de los documentos que aclaren el error producido sin que sea necesario acudir a la vía judicial.

RESOLUCIÓN DE 10 DE SEPTIEMBRE DE 2004

ANÁLISIS DEL CASO

⦿ Mediante escritura autorizada por el Notario de Madrid don Ramón-María el 30 de mayo de 1997, don José T.M. compró determinada finca. En dicha escritura se expresa que el comprador estaba casado en gananciales con doña Delfina C.B., por lo que la finca comprada se inscribió a nombre del Sr. T.M. para su sociedad de gananciales.

⊙ Por medio de instancia de 17 de mayo de 2004, don Antonio G., en representación de los herederos de don José T.M. (doña Emilia María del Pilar T.L., don José T.L. y doña María Blanca T. P.), solicitó que se rectificara el asiento registral de inscripción de la compraventa referida, por error material relativo al nombre del cónyuge del comprador, según resulta del acta de declaración de herederos abintestato autorizada por el Notario de Madrid don Ignacio de Loyola Paz-Ares Rodríguez el 5 de abril de 2000 (en la que consta que el causante don José T.M., en el momento de su fallecimiento, 12 de febrero de 1998, estaba casado en únicas nupcias con doña Micaela L.M.; y se incorporan certificados de nacimiento y defunción del causante, de matrimonio de dicho señor con doña Micaela L.M., así como testimonio del Libro de Familia) y de las certificaciones literales de nacimiento y defunción de doña Delfina C.B.

⊙ Presentada dicha instancia en el Registro de la Propiedad número diecisiete de Madrid, el Registrador suspendió la rectificación solicitada, «a) Por no solicitarse la rectificación por doña Delfina o sus herederos, en su caso (artículo 20 LH); b) Por ser un error procedente del título inscrito, por lo que, de conformidad con el artículo 40 de la Ley Hipotecaria, la rectificación del Registro se ha de llevar a cabo mediante la rectificación del título que originó el asiento, sin que pueda disociarse la escritura de la inscripción que provocó. No puede seguir diciendo una cosa la escritura y manifestar otra cosa la inscripción. Si no fuera posible dicha rectificación notarial, sería preciso acudir a la autoridad judicial, bajo cuya salvaguardia está el asiento practicado (Resolución DGRN de 29 de septiembre de 1967); c) Que aun cuando aparezca justificado por las pruebas aportadas el error padecido en la escritura, siempre quedará la duda de lo que quiso decir el comprador y la interpretación que de ello pudieran hacer los Tribunales ... Madrid, 26 de mayo de 2004».

⊙ Don Antonio G., en representación de doña Emilia María del Pilar T.L., don José T.L. y doña María Blanca T.P., el 22 de junio de 2004, interpuso recurso gubernativo contra la anterior calificación que fue estimado por la DGRN.

COMENTARIO DE LA RESOLUCIÓN

1. Alegaciones del recurrente.

1.º Que la calificación denegatoria del Registrador carece de fundamento y vulnera la doctrina de esta Dirección General por no calificar el error que se trata de rectificar; 2.º Que la sustitución del nombre de la esposa del comprador no afecta ni cambia el título que originó el asiento, por lo que es indudable que se trata de un error material, entendido en el mismo sentido que la doctrina de esta Dirección General contenida, entre otras, en la Resolución de 10 de noviembre de 2003, puesto que «no cambia el sentido general de la inscripción o asiento de que se trate, ni el de ninguno de sus conceptos (artículo 212 de la Ley Hipotecaria)»; 3.º Que, el tratarse de un error material, debe aplicarse la doctrina de la Resolución de 12 de marzo de 2001, según la cual «no se exige un nuevo consentimiento de los otorgantes, porque se estima que tal rectificación lo único que hace es expresar ahora con exactitud la voluntad que aquéllos otorgaron con ocasión del otorgamiento

del documento rectificado ... para que se produzcan los efectos registrales»; 4.º Que cuando se trata de una discrepancia entre el título calificado y el contenido del Registro, y aunque faltara la rectificación del título inscrito, cabe recordar que según la doctrina de este Centro Directivo (Resoluciones de 19 de junio de 1990 y 4 de septiembre de 1998) tales divergencias respecto del nombre o apellidos de los otorgantes no pueden provocar la suspensión de la inscripción si los restantes datos suministrados por el título (edad, profesión, estado civil, nombre del cónyuge, documento nacional de identidad, etc.) o por documentación auténtica anexa permiten al Registrador alcanzar la necesaria certeza sobre la identidad de aquéllos (Resolución de 21 de noviembre de 2001); 5.º Que el Registrador no puede exigir la intervención de la autoridad judicial para rectificar dicho error y para obtener una interpretación de lo que el comprador quiso decir con la manifestación debatida; y cuando el error material se pone de manifiesto con un documento auténtico, como

es la certificación del Registro Civil, no son necesarias otras cautelas; 6.º Que, según el artículo 2 de la Ley de 8 de junio de 1957, el Registro Civil constituye la prueba de los hechos inscritos en el mismo y las actas de dicho Registro son la prueba del estado civil (cfr. artículo 327 del Código Civil); 7.º Que según la reiterada doctrina de esta Dirección General, no es necesario acudir al procedimiento general de rectificación de errores establecido en el artículo 40.d) de la Ley Hipotecaria o exigir el cumplimiento de lo establecido en el artículo 82 de la misma «cuando el hecho básico que desvirtúa el asiento erróneo es susceptible de ser probado de un modo absoluto con documentos fehacientes, independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados, ya que entonces bastará la petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren el error producido» (Resolución de 6 de noviembre de 1980).

2. Informe del Registrador de la Propiedad.

1.º Que no se trata de un error de un asiento —el asiento recoge lo que expresa el título—, por lo que no cabe acudir a la distinción entre errores materiales y errores de concepto. Que debe rectificarse el título y después el Registro, según el artículo 40.f) de la Ley Hipotecaria; 2.º Que si la rectificación perjudica a un titular registral, el principio de tutela judicial efectiva, y su correlativo del tracto registral, imponen la necesidad de su intervención; 3.º Que el supuesto de hecho de la Resolución de 6 de noviembre de 1980 es muy distinto del presente; 4.º Que no es misión del Registrador entrar a considerar si esa manifestación hecha por el comprador de estar casado con doña Delfina podía o no dar a entender que estaba separado de hecho de doña Micaela, ni si esa hipotética separación excluye el fundamento de la sociedad de gananciales (Sentencias de 13 de junio de 1986, 26 de noviembre de 1987, 17 de junio de 1988 y 23 de diciembre de 1992); sin que tampoco sea función del Registrador dilucidar sobre si a las uniones de hecho *more uxoris* le son o no de aplicación las normas legales de la sociedad de gananciales (Sentencias de 12 de octubre y 11 de diciembre de 1992, 18 de febrero de 1993 y 30 de diciembre de 1994); pero si parece de una elemental prudencia no arrojar del Registro a un titular registral (doña Delfina) y sustituirlo por otro (doña Micaela), pudiendo existir contienda, y

todo sin conocimiento e intervención de la primera, que es un titular registral y goza, por ello, de la protección del Registro.

3. Fundamento jurídico de la resolución de la DGRN.

Inscrita una finca a favor del comprador, para su sociedad de gananciales, mediante escritura en la que aquél declaró estar casado con determinada señora, se plantea en este expediente, con base en una instancia de los interesados en la que se alega que en el momento de la adquisición del inmueble el comprador estaba casado con otra señora distinta, si puede rectificarse el asiento registral en virtud de la correspondiente certificación del matrimonio expedida por el registro civil —aparte otros documentos que se detallan en los antecedentes de hecho— o si, por el contrario, como entiende el registrador, se requiere la rectificación del título con el consentimiento de la señora que, según el registro de la propiedad, era la esposa del comprador o, en su defecto, resolución judicial, conforme al artículo 40.d) de la ley hipotecaria.

El criterio del Registrador no puede ser confirmado si se tiene en cuenta: a) Que en materia de estado civil, según el artículo 2 de la Ley de 8 de junio de 1957, el Registro constituye la prueba de los hechos inscritos relativos a dicho estado; b) Que, en el campo propio del Registro de la Propiedad los datos registrales sobre estado civil son extraños a la legitimación registral; c) Que, en el presente caso, con base en la mera declaración del comprador sobre el nombre de su cónyuge se practicó el asiento erróneo que quedaría perpetuado por una aplicación extensiva de los preceptos de la Ley Hipotecaria frente a unos datos que están amparados por la fe pública del Registro Civil, y d) Que, según la reiterada doctrina de este Centro Directivo (cfr., por todas, las Resoluciones de 5 de mayo de 1978 y 6 de noviembre de 1980), cuando la rectificación de errores se refiere a hechos susceptibles de ser probados de un modo absoluto con documentos fehacientes, independientes por su naturaleza de la voluntad de los interesados, no es procedente la aplicación de los artículos 40.d) y 82 de la Ley Hipotecaria, pues bastará para hacerla la petición de la parte interesada acompañada de los documentos que aclaren el error producido.

Revista de **Derecho de** **familia**

DERECHO COMPARADO

Los procesos en materia de familia en el derecho procesal alemán*

Traducción de los § 606 a 661 de la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana

JUAN CARLOS ORTIZ PRADILLO¹

LIBRO VI. PROCESOS EN MATERIA DE FAMILIA

SECCIÓN PRIMERA

DISPOSICIONES GENERALES PARA LOS PROCESOS EN MATERIA MATRIMONIAL

§ 606: Competencia.

(1) Para el proceso de divorcio o de anulación de un matrimonio, de determinación judicial de la existencia o inexistencia de un matrimonio entre las partes o para la acreditación de la relación conyugal es competente en exclusiva el juzgado de familia (*Familiengericht*²) del lugar en el que tengan su

residencia habitual los cónyuges. En defecto de residencia habitual en territorio nacional, será competente el juzgado de familia del lugar en el que tenga su residencia habitual uno de los cónyuges, si tuviera a su cargo hijos comunes del matrimonio menores de edad.

(2) A falta de competencia conforme al apartado primero, será competente en exclusiva el juzgado de familia del lugar en el que hubieran tenido los cónyuges su última residencia habitual, si alguno de los cónyuges tuviera allí su residencia habitual al tiempo de interponerse la demanda. En su defecto, será competente el juzgado del lugar en el que tenga su residencia habitual el demandado, y si éste no la tuviera en territorio nacional, el del lugar de residencia del demandante. Si ambos cónyuges hubieran iniciado el proceso, de los órganos judiciales competentes según el apartado segundo, será exclusivamente competente el juzgado que

* Nota del Traductor. La traducción que a continuación se expone del Libro VI de la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana (*Zivilprozessordnung*, en adelante ZPO), referido a los procesos en cuestiones de familia, pretende mostrar lo más exactamente posible el contenido de dicho Libro. Así, por ejemplo, se ha respetado la estructura mínima sintáctica en lo correspondiente a los puntos seguidos y apartes. También se ha mantenido el símbolo § para aludir a los parágrafos, según se denominan los contenidos mínimos de las leyes alemanas, pues en la terminología alemana los artículos de las leyes se designan con el signo § (parágrafo) y únicamente los artículos de la Constitución alemana (*Grundgesetz*, GG) se designan como «artículos» (*Artikel*, Art.).

No obstante, es importante adelantar ciertas desviaciones respecto del tenor literal del articulado de la Ley alemana. Así la subdivisión del párrafo se realiza en apartados [*Abschnitt*, o también detallados en la traducción entre paréntesis, v.g. (1)], números, y oraciones (*Satz*). Por último, para aquellas figuras jurídico-procesales para las cuales no exista una traducción exacta, se realizará la oportuna nota al pie de página.

1. Becario de Investigación de la Junta de Comunidades de Castilla-La Mancha. Investigador del Área de Derecho Procesal en la Facultad de Ciencias Jurídicas y Sociales de Toledo, UCLM. La traducción del Libro VI de la Ley de Enjuiciamiento Civil alemana recoge las últimas modificaciones introducidas en la ZPO mediante la Primera Ley para la Modernización de la Justicia (*Erstes Justizmodernisierungsgesetz*), de 24 de agosto de 2004, publicada en el Boletín Oficial Federal (*Bundesgesetzblatt*, BGBl, parte I, páginas 2198 y siguientes).

2. Los *Familiengericht* son órganos especializados dentro de los *Amtsgericht*, los cuales son órganos unipersonales que tienen competencia para conocer en la primera instancia de procesos cuya cuantía sea inferior a 5.000 euros. Por ello, los *Familiengericht* se traducen como «juzgados de familia» y no como «tribunales de familia», al igual que los *Amtsgericht* se traducen como «juzgados de primera instancia».

hubiere conocido del proceso en primer lugar. Si varios juzgados hubieren conocido del proceso en el mismo día, entonces se aplicará lo dispuesto en el § 36 ZPO (determinación de la competencia por el tribunal inmediato superior jerárquicamente).

(3) Si la competencia no pudiera fundamentarse conforme a los apartados anteriores, entonces será competente el juzgado de familia del partido judicial de Schöenberg en Berlín.

§ 606.a): Competencia Judicial Internacional.

(1) Para los procesos matrimoniales son competentes los juzgados y tribunales alemanes,

1. Cuando uno de los cónyuges sea alemán o lo fuera al tiempo de celebrarse el matrimonio,

2. Cuando ambos cónyuges tengan su residencia habitual en Alemania,

3. Cuando uno de los cónyuges sea apátrida con residencia habitual en Alemania, o

4. Cuando uno de los cónyuges tenga su residencia habitual en Alemania, salvo que la resolución judicial no pudiera ser reconocida conforme al derecho del país al que pertenezca alguno de los cónyuges.

Esta competencia no es exclusiva.

(2) Al reconocimiento de una resolución judicial extranjera no se opone lo dispuesto en el número 4 del apartado primero, cuando uno de los cónyuges tuviera su residencia habitual en el país cuyos tribunales hubieran dictado la resolución. Cuando la resolución judicial extranjera sea reconocida en el país al que pertenezcan los cónyuges, lo establecido en el apartado primero no se opone al reconocimiento en Alemania de la resolución.

§ 607: Capacidad procesal. Representación legal.

(1) El cónyuge que tenga restringido el poder de disposición de sus negocios tiene capacidad procesal en los procesos matrimoniales.

(2) Si el cónyuge estuviera inhabilitado para disponer de sus negocios, la facultad de conducción procesal del proceso matrimonial recae sobre su representante legal. Sin embargo, el representante legal no puede presentar una demanda de acreditación de la relación conyugal; para la pretensión de divorcio o anulación del matrimonio necesita la autorización del Tribunal de la tutela.

§ 608: Disposiciones aplicables.

En los procesos matrimoniales se aplican en primera instancia las mismas disposiciones del proceso ante los Tribunales Regionales (*Landgerichten*)³.

§ 609: Poder especial de representación.

El apoderado necesita un poder especial de representación.

§ 610: Acumulación de procesos. Reconvencción.

(1) Los procesos de acreditación de la vida conyugal, de divorcio y de anulación matrimonial pueden ser acumulados.

(2) No puede darse la acumulación de un proceso distinto a los procesos mencionados en el apartado anterior mediante la interposición de reconvencción. A salvo queda lo dispuesto en el § 623.

§ 611: Nuevas alegaciones. Finalización del procedimiento previo escrito.

(1) Hasta la conclusión de la vista tras la cual se dicta sentencia, pueden ser alegados motivos distintos de los alegados en el escrito de iniciación del proceso.

(2) Las disposiciones de los §§ 275.I.I.º, 275.3, 275.4 y 276 no son aplicables.

§ 612: Términos. Citaciones. Sentencia en rebeldía.

(1) Lo dispuesto en el § 272.3 no es aplicable.

(2) El demandado debe ser emplazado para cada término que no haya sido señalado en su presencia.

(3) Lo dispuesto en el apartado anterior no resulta aplicable cuando el demandado sea citado mediante notificación pública, aunque no haya comparecido.

(4) Resulta inadmisile una sentencia contra el demandado dictada en rebeldía.

(5) Lo dispuesto en los apartados segundo a cuarto también resultan aplicables al demandante reconvenccionado.

§ 613: Comparecencia personal de los cónyuges. Interrogatorio de las partes.

(1) El tribunal debe ordenar la comparecencia personal de los cónyuges y escucharlos. También puede interrogarlos como partes. Si hubiere hijos comunes del matrimonio menores de edad, el tribunal oír a las partes acerca de la patria potestad y les asesorará sobre las posibilidades de asesoramiento a través de los servicios de asesoramiento a la Juventud. Si uno de los cónyuges estuviera imposibilitado para comparecer ante el tribunal, o se encontrara a una distancia mayor de lo razonable como para acudir a la comparecencia, podrá ser oído o interrogado por un juez exhortado.

3. Los *Landgericht* (equivalentes en España, salvando las distancias, a las Audiencias Provinciales) son tribunales colegiados integrados por salas de tres jueces y con competencia, bien para actuar como tribunal de primera instancia en causas cuya cuantía exceda los 5.000 euros o en las causas asignadas por el § 71 y siguientes de la GVG (*Gerichtsverfassungsgesetz*, equivalente en España a la LOPJ), o bien como tribunal de segunda instancia o de apelación para las sentencias definitivas de los AG.

(2) Contra el cónyuge que no compareciera a la audiencia o al interrogatorio se procederá igual que contra el testigo que no hubiera comparecido a una declaración; el arresto sustitutorio no puede ser ordenado.

§ 614: Suspensión del proceso.

(1) El tribunal debe suspender de oficio el proceso para la acreditación de relación conyugal si ello fuera conveniente para un arreglo amistoso del mismo.

(2) El proceso de divorcio debe ser suspendido de oficio por el tribunal si, según su discrecional apreciación, existe la apariencia de continuación del matrimonio. Para el caso de que los cónyuges vivieren separados desde hace más de un año, el proceso no puede ser suspendido frente a la oposición de ambos cónyuges.

(3) Si el demandante hubiera solicitado la suspensión del proceso, el tribunal no puede resolver sobre la pretensión de acreditación de relación conyugal o de divorcio antes de que el proceso fuera suspendido.

(4) La suspensión puede repetirse una sola vez. Puede tener una duración en total de un año, y para el caso de una separación de más de tres años, puede tener una duración de seis meses.

(5) Junto con la suspensión, el tribunal debe por regla general sugerir a los cónyuges que presenten una instancia ante un órgano de asesoramiento matrimonial.

§ 615: Rechazo de los medios de ataque y de defensa.

(1) Los medios de ataque y de defensa que no sean alegados dentro de plazo pueden ser rechazados cuando su admisión, según la discrecional apreciación del tribunal, pudiera demorar la finalización del asunto y la demora se debiera a una negligencia grave.

(2) Por lo demás, los medios de ataque y de defensa quedan derogados frente a las disposiciones generales.

§ 616: Principio de investigación.

(1) El tribunal puede ordenar de oficio la recepción de pruebas y, tras dar audiencia a los cónyuges, puede tener en cuenta hechos que éstos no hubieran alegado.

(2) En el proceso de divorcio, de anulación del matrimonio o de acreditación de relación conyugal, y frente a la oposición del cónyuge que pretenda la anulación del matrimonio o del que rechaza la acreditación de vida conyugal, el tribunal puede tener en cuenta hechos no alegados, siempre que sirvan para el mantenimiento del matrimonio.

(3) En el proceso de divorcio, el tribunal puede tener en cuenta circunstancias excepcionales con-

forme al § 1568 del Código Civil, cuando hayan sido alegadas por el cónyuge que rechaza la separación.

§ 617: Restricción al poder de parte.

Las disposiciones acerca del efecto de un reconocimiento, acerca de las consecuencias de la declaración que mantenga o rechace hechos o acerca de la autenticidad de documentos, las disposiciones acerca de la renuncia de la parte a la prestación de juramento por la parte contraria o por testigos y peritos, y las disposiciones acerca del efecto de una confesión judicial no resultan aplicables.

§ 618: Notificación de las sentencias.

La oración tercera del § 317.1 no se aplica a las sentencias en materia matrimonial.

§ 619: Muerte de uno de los cónyuges.

Si uno de los cónyuges falleciera antes de que la sentencia resultara firme, el proceso se considerará cumplido en la cuestión principal.

§ 620: Medidas provisionales.

El tribunal puede ordenar a instancia de parte como medida provisional:

1. la patria potestad de un hijo común del matrimonio;
2. el derecho de uno de los cónyuges a relacionarse con el hijo (derecho de visitas);
3. la entrega del hijo al otro cónyuge;
4. la obligación de manutención al hijo menor de edad;
5. la vida separada de los cónyuges;
6. la manutención de uno de los cónyuges;
7. el uso de la vivienda familiar y de los bienes y efectos del ajuar doméstico;
8. la entrega o la utilización de bienes de uso personal de uno de los cónyuges o de uno de los hijos;
9. las medidas conforme a los §§ 1 y 2 de la Ley para la Protección contra la Violencia (*Gewaltschutzgesetz*), cuando los interesados gestionen un presupuesto de asuntos comunes por el momento, o lo hayan gestionado en el plazo de seis meses antes de la presentación de la demanda;
10. la obligación de prestación de las *litis expensas* (costas del proceso matrimonial) y de las cargas del matrimonio.

§ 620.a): Procedimiento de las medidas provisionales.

(1) El tribunal resuelve mediante auto.

(2) La petición cautelar es admisible tan pronto como la causa principal matrimonial esté pendiente o se haya presentado una solicitud de asistencia jurídica gratuita. La petición puede solicitarse ante el secretario judicial mediante protocolo. El solici-

tante debe acreditar indiciariamente los presupuestos para la concesión de las medidas provisionales.

(3) Antes de resolver una petición de las medidas provisionales de los §§ 620.1.1.º, 2.º ó 3.º, el hijo y la Oficina de atención a la juventud deben ser oídos. Si tal audiencia no fuera posible debido a una especial urgencia, dicha audiencia tendrá lugar posteriormente sin demora.

(4) El tribunal competente es el de primera instancia. Si la causa principal estuviere pendiente de apelación, es competente el tribunal de apelación. Si estuviere pendiente en segunda o tercera instancia una causa conexa cuyo objeto procesal se corresponde con el del procedimiento cautelar, será competente el tribunal de apelación o de alzada (queja) de la causa conexa. La oración segunda se aplica también cuando se solicite un anticipo de las costas para una causa principal matrimonial o para una causa conexa, que esté pendiente en segunda o en tercera instancia o que allí deba ser interpuesta.

§ 620.b): Revocación y modificación de la resolución cautelar.

(1) El tribunal puede a instancia de parte modificar o revocar el auto que acordó la medida provisional. El tribunal también puede resolver de oficio cuando la medida provisional se refiera a la patria potestad sobre un hijo común del matrimonio o a lo establecido en el § 620.2.º ó 3.º, si antes no se dio audiencia a la Oficina de atención a la juventud.

(2) Si la resolución cautelar o la resolución del apartado primero (resolución sobre la modificación o revocación de la resolución cautelar) tuvieron lugar sin una audiencia previa, puede solicitarse a instancia de parte que se resuelva de nuevo con audiencia previa.

(3) Respecto a la competencia, se aplica lo dispuesto en el apartado cuarto del § 620.a). El tribunal competente para conocer de los recursos es también competente cuando el tribunal de primera instancia hubiera dictado la resolución cautelar o la resolución del apartado primero.

§ 620.c): Queja urgente. Imposibilidad de impugnación.

Si el tribunal de primera instancia ha resuelto sobre la patria potestad de un hijo común del matrimonio con audiencia previa, sobre la devolución del hijo al otro cónyuge, sobre una petición de las medidas conforme a los §§ 1 y 2 de la Ley para la Protección contra la Violencia (*Gewaltschutzgesetz*), o sobre la asignación de la vivienda familiar, puede tener lugar una queja urgente. Para todo lo demás, las resoluciones de los §§ 620 y 620.b) no son susceptibles de impugnación.

§ 620.d): Fundamentación de las peticiones y de las resoluciones.

En los supuestos de los §§ 620.b) y 620.c), las solicitudes y las quejas deben fundamentarse; la queja debe fundamentarse dentro del plazo para recurrir. El tribunal resuelve mediante auto motivado.

§ 620.e): Suspensión de la ejecución.

El tribunal puede suspender la ejecución de una medida provisional antes de su resolución, en los casos de los §§ 620.b) y 620.c).

§ 620.f): Extinción de las medidas provisionales.

(1) La medida provisional se extingue en caso de adopción de otra regulación contraria, cuando la pretensión de divorcio o de anulación del matrimonio o la demanda se retira o se rechaza con carácter firme, o cuando el proceso matrimonial del § 619 se considera cumplido en la cuestión principal. Ello se resolverá mediante auto a instancia de parte. Contra la resolución cabe presentar queja urgente.

(2) La competencia para la resolución de la oración segunda del apartado primero es el tribunal que hubiera adoptado la medida provisional.

§ 620.g): Costas de las medidas provisionales.

Las costas generadas en el procedimiento cautelar se consideran parte de las costas de la causa principal; el § 96 se aplica analógicamente.

SECCIÓN SEGUNDA

DISPOSICIONES GENERALES PARA LOS PROCESOS EN OTRAS MATERIAS DE FAMILIA

§ 621: Competencia de los juzgados de familia. Remisión o emisión ante el tribunal de la materia matrimonial.

(1) En materia de familiar, es competente el juzgado de familia para

1. la patria potestad de un hijo, en tanto en cuanto según las disposiciones del Código Civil sea competente para ello el juzgado de familia,

2. la regulación del derecho de visitas con el hijo, en tanto en cuanto según las disposiciones del Código Civil sea competente para ello el juzgado de familia,

3. la entrega del hijo sobre el que existe patria potestad,

4. la obligación de manutención por razón de parentesco,

5. la obligación de manutención derivada de matrimonio,

6. la pensión compensatoria,

7. las regulaciones sobre el uso y disfrute de la vivienda familiar y del ajuar doméstico,

8. las pretensiones sobre el derecho patrimonial matrimonial, incluso cuando en el proceso intervengan terceros,

9. los procesos de los §§ 1382 y 1383 del Código Civil,

10. los procesos de filiación y paternidad,

11. las pretensiones de los §§ 1615.l) y 1615.m) del Código Civil,

12. los procesos de los §§ 1303.2 a 4, 1308.2 y 1315.1.1.º y 3.º del Código Civil,

13. medidas conforme a los §§ 1 y 2 de la Ley para la Protección contra la Violencia (*Gewaltschutzgesetz*), cuando los interesados gestionen un presupuesto de asuntos comunes por el momento, o lo hayan gestionado en el plazo de seis meses antes de la presentación de la demanda;

(2) Durante la pendencia de una causa matrimonial ante los tribunales alemanes es competente en exclusiva el tribunal, ante el que la causa matrimonial en primera instancia está o estuvo pendiente, para las cuestiones en materia de familia de los números 5 a 9 del apartado primero. Para las cuestiones de los números 1 a 4 y 13 también es competente sólo cuando dichas cuestiones afecten a:

1. en los supuestos del número 1, la patria potestad de un hijo común del matrimonio, incluida la transmisión de la patria potestad o de una parte de la misma a uno de los cónyuges o a un tutor o curador en caso de peligro del bienestar del hijo,

2. en los supuestos del número 2, la regulación del derecho de visitas al hijo común del matrimonio, según los §§ 1684 y 1685 del Código Civil, o el derecho de visitas de uno de los cónyuges al hijo del otro cónyuge según el § 1685.2 del Código Civil,

3. en los supuestos del número 3, la entrega del hijo al otro cónyuge,

4. en los supuestos del número 4, la obligación de manutención al hijo común con la excepción de los procesos simplificados de modificación del título de manutención,

5. en los supuestos del número 13, las medidas frente al otro cónyuge.

Si la causa matrimonial no está aún pendiente, las disposiciones generales determinan la competencia territorial.

(3) Si la causa matrimonial está pendiente mientras una cuestión en materia de familia conforme a la oración primera del apartado 2.º está pendiente en primera instancia ante otro tribunal, éste remitirá de oficio dicha cuestión al tribunal de la causa matrimonial. Los §§ 281.2 y 281.3.1.º se aplican análogamente.

§ 621.a): Disposiciones procedimentales aplicables.

(1) Para las causas en materia de familia del § 621 números 1 a 3, 6, 7, 9 y 10 del proceso del § 1600. e) del Código Civil, números 12 y 13, en tanto de esta ley o de la ley de organización judicial (*Gerichtsverfassungsgesetz*) no se derive nada especial, el proceso se rige por las disposiciones de la ley de asuntos de jurisdicción voluntaria (*Gesetz über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit*) y por las disposiciones del reglamento sobre la utilización de la vivienda familiar y del ajuar doméstico. En lugar de los §§ 2 a 6, 8 a 11, 13, 16.2 y 17 de la ley de asuntos de jurisdicción voluntaria se aplican las disposiciones de carácter determinante para el proceso civil.

(2) Si en un proceso sobre reclamación de una compensación patrimonial matrimonial se interpone una pretensión según el § 1382.5 o según el § 1383.3 del Código Civil, la resolución de ambas pretensiones se resolverá de manera uniforme mediante sentencia. El § 629.a), apartado segundo, se aplica análogamente.

§ 621.b): Litigios de derecho patrimonial.

En las causas familiares del número 8 del § 621.1 se aplican las disposiciones sobre el proceso ante los Tribunales Regionales (*Landgericht*).

§ 621.c): Notificación de las resoluciones.

La oración tercera del § 317.1 no se aplica a las resoluciones en materia de familia.

§ 621.d): Rechazo de los medios de ataque y de defensa.

En las causas en materia de familia de los números 4, 5, 8 y 11 del § 621.1 pueden ser rechazados los medios de ataque y de defensa que no sean alegados dentro de plazo, cuando su admisión, según la discrecional apreciación del tribunal, pudiera demorar la finalización del asunto y la demora se debiera a una negligencia grave. Por lo demás, los medios de ataque y de defensa quedan derogados frente a las disposiciones generales.

§ 621.e): Queja sometida a plazo. Recurso de queja posterior.

(1) Frente a las resoluciones en materia de familia del § 621.1 números 1 a 3, 7, 9, 10 para el proceso del § 1600.e).2 del Código Civil, así como 12 y 13 dictadas en primera instancia cabe recurso de queja.

(2) En las cuestiones en materia de familia del § 621.1 números 1 a 3, 6 y 10 para el proceso del § 1600. e).2 del Código Civil, así como el número 12, cabrá recurso posterior de queja cuando,

1. el tribunal de queja la hubiera admitido en el auto o

2. el tribunal superior competente para el recurso posterior de queja hubiera estimado la queja en alzada presentada frente a la inadmisión del tribunal de queja inferior.

Los §§ 543.2 y 544 se aplican analógicamente. El recurso posterior de queja puede fundamentarse sólo en que la resolución se basa en una vulneración del Derecho.

(3) La queja se presenta mediante la interposición del escrito de queja. Los §§ 318, 517, 518, 520.1, 520.2, 520.3.1.º, 520.4, 521, 522.1, 526, 527, 548, 551.1, 551.2 y 551.4 se aplican analógicamente.

(4) La queja no puede fundamentarse en que el tribunal de la primera instancia basó su competencia de manera injusta. El recurso posterior de queja no puede fundamentarse ni en que el tribunal de la primera instancia basó su competencia de manera injusta ni en que hubiera negado su competencia.

§ 621.f): Anticipo de las costas.

(1) En las causas en materia de familia de los números 1 a 3, 6 a 9 y 13 del § 621.1, el tribunal puede a instancia de parte ordenar mediante medida provisional el deber de anticipar las costas para el proceso.

(2) La resolución del apartado 1.º no es susceptible de impugnación. Para lo demás, rigen los §§ 620.a) hasta 620.g).

§ 621.g): Medidas provisionales.

Si estuviere pendiente un proceso conforme a los números 1, 2, 3 ó 7 del § 621.1 o se hubiera presentado una solicitud de asistencia jurídica gratuita para un proceso semejante, el tribunal puede a instancia de parte dictar medidas provisionales. Los §§ 620.a) a 620.g) se aplican analógicamente.

SECCIÓN TERCERA

PROCESOS DE DIVORCIO Y CAUSAS CONEXAS

§ 622: Petición de divorcio.

(1) El proceso de divorcio comienza mediante la interposición de un escrito de petición.

(2) Con reserva del § 630, el escrito de petición debe contener datos sobre la separación, si

1. existen hijos menores de edad comunes del matrimonio,

2. si estuvieran pendientes causas en materia de familia del tipo señalado en la oración primera del § 621.2.

Por lo demás, rigen las disposiciones sobre el escrito de demanda.

(3) Respecto a la aplicación de las disposiciones generales, en lugar de las menciones «demandante» y «demandado» se utilizan las denominaciones «solicitante» y «opponente».

§ 623: Interconexión entre la petición de divorcio y otras peticiones conexas.

(1) En tanto que en las causas en materia de familia de los números 5 a 9 del § 621.1 y número 4 de la oración primera del § 621.2, deba dictarse resolución para el supuesto de divorcio y se solicitare por uno de los cónyuges en el debido plazo, se verá la causa (causas conexas) al mismo tiempo y junto con la cuestión del divorcio, en caso de que la petición de divorcio haya sido admitida. Si en una causa en materia de familia de los números 5 a 8 del § 621.1 y número 4 de la oración primera del § 621.2, un tercero sea considerado parte procesal, dicha causa en materia de familia será separada. Para la aplicación de la pensión compensatoria en el caso del § 1587.b) del Código Civil no se requiere ninguna petición.

(2) Las causas conexas interpuestas en el debido plazo por uno de los cónyuges se estiman causas en materia de familia conforme:

1. al número 1 de la oración primera del § 621.2, en el caso de una petición según el § 1671.1 del Código Civil,

2. al número 2 de la oración primera del § 621.2, en tanto que su objeto procesal lo constituya el derecho de visitas al hijo común del matrimonio o a uno de los hijos del otro cónyuge, y

3. al número 3 de la oración primera del § 621.2.

A instancia de unos de los cónyuges, el tribunal separará de la causa de divorcio una causa conexa conforme a los números 1 a 3. Una petición de disociación de una causa conexa según el número 1 puede unirse a una petición de disociación de una causa conexa según el número 5 del § 621.1 y el número 4 de la oración primera del § 621.2. En el caso de que la disociación tenga lugar, la causa conexa continuará como una causa independiente en materia de familia; la oración segunda del § 626.2 se aplica analógicamente.

(3) También se consideran causas conexas las interpuestas en el debido plazo sobre la transmisión de la patria potestad o de una parte de la patria potestad al otro cónyuge, un tutor o un curador en caso de peligro del bienestar del menor. El tribunal puede ordenar que el proceso conforme a la oración primera sea separado de la causa de divorcio. La oración tercera del apartado segundo se aplica analógicamente.

(4) El proceso debe estar pendiente o haberse promovido hasta la conclusión de la vista en primera instancia de la causa de divorcio. La oración primera se aplica analógicamente cuando la causa

de divorcio sea reenviada al tribunal de la primera instancia conforme al § 629.b).

(5) Las disposiciones anteriores se aplican también para el proceso del tipo mencionado en los apartados primero a tercero, el cual haya sido remitido al tribunal de la causa matrimonial. En los casos del apartado primero esto rige únicamente en tanto que deba dictarse una resolución para el supuesto de divorcio.

§ 624: Disposiciones procedimentales especiales.

(1) El poder para la causa de divorcio se extiende a las causas conexas.

(2) El otorgamiento de asistencia jurídica gratuita para la causa de divorcio se extiende a las causas conexas del número 6 del § 621.1, en tanto que las mismas no se excluyan expresamente.

(3) Las disposiciones sobre el proceso ante los Tribunales Regionales se aplican analógicamente en tanto en cuanto en este título no se disponga nada especial.

(4) Los escritos de alegaciones previas, las copias y ejemplares se comunicarán o notificarán a los terceros que intervengan en el proceso cuando los escritos a comunicar o notificar les afecten. Lo mismo rige para la notificación de las resoluciones a los terceros que estén legitimados para la interposición de recursos.

§ 625: Designación de abogado.

(1) Si el oponente en una causa de divorcio no hubiera nombrado ningún abogado como apoderado, el tribunal lo designará de oficio para la defensa de los derechos del oponente en la primera instancia con respecto a la petición de divorcio y a la petición del § 1671.1 del Código Civil, cuando dicha medida se estime irrechazable para la protección del oponente, según la discrecional apreciación del juez; los apartados primero y tercero del § 78.c) rigen según su sentido. Antes del nombramiento, el oponente debe ser oído personalmente y debe ser especialmente advertido de que las causas en materia de familia del § 621.1 y la causa de divorcio pueden ser acumuladas y resueltas al mismo tiempo.

(2) El abogado designado ocupará la posición de asistente.

§ 626: Retirada de la petición de divorcio.

(1) Si se retirase una petición de divorcio, registrará el § 269, apartados tercero a quinto, incluso para las causas conexas, en tanto que no se refieran a la transmisión de la patria potestad o de una parte de la patria potestad al otro cónyuge, un tutor o un curador en caso de peligro del bienestar del menor; en tal supuesto la causa conexa se tramitará como una causa independiente en materia de familia. Si la aplicación de la oración segunda del

§ 269.3 apareciera como excesivamente onerosa en vistas a la situación del litigio y de los hechos hasta el momento en las causas conexas del tipo señalado en los números 4, 5 y 8 del § 621.1, el tribunal puede repartir las costas de forma distinta. El tribunal los efectos de la retirada a instancia de uno de los cónyuges.

(2) A instancia de parte se le permitirá, mediante auto, continuar una causa conexa como causa independiente en materia de familia. En la causa independiente se resolverá sobre las costas de forma especial.

§ 627: Resolución anticipada acerca de la patria potestad.

(1) Si el tribunal tiene la intención de apartarse de la petición de uno de los cónyuges conforme al § 1671.1 del Código Civil, con la cual el otro cónyuge está de acuerdo, la resolución se dictará de forma anticipada.

(2) Sobre otras causas conexas y sobre la causa de divorcio se resolverá después de que el auto adquiera firmeza.

§ 628: Sentencia de divorcio antes de la resolución de las causas conexas.

El tribunal puede dar curso a una solicitud de divorcio antes de la resolución de una causa conexa, en tanto que,

1. en una causa conexa conforme a los números 6 u 8 del § 621.1 no sea posible una decisión antes de la disolución del matrimonio,

2. en una causa conexa conforme al número 6 del § 621.1 el proceso se haya suspendido porque esté pendiente ante otro tribunal un litigio sobre la existencia o cuantía de la pensión compensatoria,

3. en una causa conexa conforme a los números 1 y 2 de la oración primera del § 623.2, el proceso se haya suspendido, o

4. la resolución al mismo tiempo de la causa conexa y de la pretensión de divorcio se retrasaría de manera tan extraordinaria, que el aplazamiento representaría una exigencia irrazonable incluso teniendo en consideración el significado de la causa conexa.

Respecto a otras causas conexas, resulta aplicable el § 623.

§ 629: Resolución unitaria. Reserva para la petición de divorcio rechazada.

(1) Si se debe admitir a trámite la petición de divorcio y al mismo tiempo resolver sobre causas conexas, se resolverá de manera unitaria mediante sentencia.

(2) El apartado anterior también se aplica en tanto que se refiera a una sentencia dictada en rebeldía. Si contra esto se presentare una protesta y frente a la sentencia se presentare por lo demás un

recurso, en primer lugar se juzgará y resolverá la protesta y la sentencia dictada en rebeldía.

(3) Si la petición de divorcio se rechaza, las causas conexas quedarán sin contenido salvo que se refieran a la transmisión de la patria potestad o de una parte de la patria potestad al otro cónyuge, un tutor o un curador en caso de peligro del bienestar del menor; en tal caso la causa conexa se tramitará como causa independiente. Por lo demás, cabe hacer reserva en la sentencia a una de las partes para continuar la causa conexa como causa independiente. La oración segunda del § 626.2 se aplica analógicamente.

§ 629.a): Recursos.

(1) Contra las sentencias del tribunal de apelación no cabe casación (*Revision*)⁴, en tanto que resuelvan sobre las causas conexas del tipo señalado en los números 7 ó 9 del § 621.1.

(2) Una sentencia sólo puede ser recurrida, en tanto haya resuelto sobre las causas conexas del tipo señalado en los números 1 a 3, 6, 7, 9 del § 621.1, de modo que resulta aplicable analógicamente el § 621.e). Si tras la interposición de queja se presenta también apelación o casación, se resolverá el recurso de manera unitaria como apelación o como casación. En el proceso ante el tribunal competente para el recurso se aplican, para las causas conexas, lo dispuesto en los §§ 623.1 y 627 a 629.

(3) Si una resolución dictada de manera unitaria conforme al § 629.1 se recurriera parcialmente mediante apelación, queja, casación o recurso ulterior de queja, puede pretenderse la modificación de aquellas partes de la resolución dictada de manera unitaria que se refieran a otra causa en materia de familia, sólo durante el plazo de un mes tras la notificación de la fundamentación del recurso, y en caso de varias notificaciones, hasta el transcurso de un mes desde la última notificación. Si en dicho plazo se solicita una modificación, el plazo se prorrogará un mes más. La oración segunda se aplica analógicamente cuando en el plazo de prórroga se solicitara de nuevo una modificación. Los §§ 517, 548 y la oración segunda del apartado tercero del § 621.e) en relación con los §§ 517 y 548, no resultan afectados.

(4) Si los cónyuges renuncian a los recursos contra la pretensión de separación, pueden renunciar a esta impugnación mediante la adhesión a un recurso en una causa conexa, antes de que se interponga un recurso similar.

§ 629.b): Remisión.

(1) Si se anula una sentencia, a través de la cual se rechazó la petición de divorcio, la causa es remitida al tribunal que hubiera dictado el rechazo, cuando ante este tribunal esté pendiente de resolución una causa conexa. Este tribunal debe tomar para fundamentar su decisión la apreciación legal, la cual ha fundamentado la anulación.

(2) El tribunal, ante el que se ha remitido la causa, puede ordenar a instancia de parte, cuando contra la sentencia de anulación se haya interpuesto casación o queja contra la inadmisión de la casación, que se vean también las causas conexas.

§ 629.c): Anulación ampliada.

Si mediante casación o recurso ulterior de queja se anula parcialmente una resolución, el tribunal puede a instancia de parte anular la resolución y remitir la causa para una posterior vista y conclusión ante el tribunal de apelación o ante el tribunal del recurso ulterior de queja, cuando ello se estime conveniente debido a la conexión con la resolución anulada. Una anulación de la resolución de divorcio puede solicitarse sólo en el plazo de un mes desde la notificación de la fundamentación del recurso o desde el auto estimatorio de la admisión del recurso de casación o ulterior de queja, y en caso de varias notificaciones, puede solicitarse durante el plazo de un mes desde la última notificación.

§ 629.d): Eficacia de las resoluciones en causas conexas.

Antes de la firmeza de la resolución del divorcio no serán eficaces las resoluciones en causas conexas.

§ 630: Divorcio de mutuo acuerdo.

(1) Para el proceso de divorcio conforme al § 1565 del Código Civil en relación con el § 1566.1, el escrito de petición de un cónyuge debe contener:

1. la comunicación de que el otro cónyuge está de acuerdo con el divorcio o que va a solicitar la misma forma de divorcio,

2. o bien declaraciones concordantes de los cónyuges de que no se interponen pretensiones sobre transmisión de la patria potestad o de una parte de la patria potestad a uno de los cónyuges o sobre la regulación del derecho de visitas de los padres, porque los padres están conformes con la subsistencia de la patria potestad y con el derecho

4. La *Revision* alemana puede asimilarse con el recurso de casación del Derecho español. De ella conoce el *Bundesgerichtshof* (BGH, equivalente en España al Tribunal Supremo), el cual está integrado por 12 senados (salas) en lo civil y comercial, y 5 en lo penal (17 en total). Con carácter general, cabe recurso de casación ante el BGH contra las sentencias dictadas en segunda instancia por el *Oberlandesgericht* (OLG, o Tribunal Superior del Estado federado, similar en España a los Tribunales Superiores de Justicia de las Comunidades Autónomas). Con carácter excepcional, cabe el recurso de casación (*Sprungrevision*) directamente contra una sentencia dictada en primera instancia por un Tribunal Regional (*Landgericht*).

de visitas, o bien las pretensiones correspondientes y el consentimiento del otro cónyuge para el caso de que deba efectuarse una regulación judicial,

3. el acuerdo de los cónyuges sobre la regulación del deber de manutención del hijo, sobre la regulación de la manutención derivada del matrimonio, así como sobre la regulación del uso de la vivienda familiar y del ajuar doméstico.

(2) El consentimiento para la separación puede ser revocado hasta la conclusión de la vista tras la cual se dicta sentencia. El consentimiento y la revocación pueden ser expuestos ante la Secretaría del tribunal o en la vista oral para que conste en el acta de la vista.

(3) El tribunal debe admitir la solicitud de divorcio sólo si los cónyuges hubieran aportado un título de deuda ejecutable sobre los objetos señalados en el número 3 del apartado primero.

SECCIÓN CUARTA

PROCESOS DE ANULACIÓN Y DE ACREDITACIÓN DE LA EXISTENCIA O INEXISTENCIA DE MATRIMONIO

§ 631: Anulación del matrimonio.

(1) Para el proceso de anulación de un matrimonio rigen las siguientes disposiciones especiales.

(2) El proceso se iniciará mediante la presentación de un escrito de petición. La oración segunda del apartado segundo del § 622 y su apartado tercero se aplican análogicamente. Si en el mismo proceso se solicita la anulación y el divorcio, y ambas peticiones son admisibles, sólo se conocerá de la anulación del matrimonio.

(3) Si la anulación del matrimonio la solicita la autoridad administrativa competente o un tercero, en caso de quebrantamiento del § 1306 del Código Civil, la pretensión se dirigirá contra los dos cónyuges.

(4) Si uno de los cónyuges o un tercero hubiera presentado la petición en los casos del número 1.º del § 1316.1 del Código Civil, se informará de la petición a la autoridad administrativa competente. En estos casos, la autoridad administrativa competente, incluso si no hubiera presentado la petición, puede instruir el proceso, y en especial, interponer recursos y presentar peticiones de manera independiente.

(5) En los casos en que la autoridad administrativa competente intervenga como parte y pierda, se condenará al Fisco a las costas ocasionadas a la parte vencedora conforme los §§ 91 a 107.

§ 632: Determinación judicial de la existencia o inexistencia del matrimonio.

(1) Para una demanda, la cual tenga por objeto la determinación judicial de la existencia o inexistencia del matrimonio entre las partes, rigen las siguientes disposiciones especiales.

(2) La reconvencción sólo es admisible cuando sea una demanda de determinación judicial el tipo señalado en el apartado primero.

(3) El § 631.4 se aplica análogicamente.

(4) La sentencia dictada en rebeldía contra el demandante no compareciente a la vista en el debido plazo se ha de pronunciar en el sentido de que la demanda se estima retirada.

§ 633 a 639: (derogados.)

SECCIÓN QUINTA

PROCESOS EN MATERIA DE FILIACIÓN Y PATERNIDAD

§ 640: Filiación y Paternidad.

(1) Las disposiciones de esta sección son aplicables a los procesos de filiación y paternidad, con la excepción del proceso del § 1600.e).2 del Código Civil; los §§ 609, 611.2, 612, 613, 615, 616.1, 617, 618, 619 y 632.4 se aplican análogicamente.

(2) Los procesos de filiación y paternidad son procesos que tiene por objeto

- la determinación judicial de la existencia o inexistencia de filiación, así como la determinación judicial de la eficacia o ineficacia del reconocimiento de la paternidad,
- la impugnación de la paternidad,
- la determinación judicial de la existencia o inexistencia de la patria potestad de una parte respecto de la otra.

§ 640.a): Competencia.

(1) Es competente en exclusiva el tribunal del lugar del domicilio del hijo, y en defecto de domicilio en territorio nacional, el del lugar de su residencia habitual. Si la demanda es presentada por la madre, también resulta competente el tribunal del lugar en que la madre tenga su domicilio, o en defecto de domicilio en territorio nacional, del lugar en que tenga su residencia habitual. Si ni el hijo ni la madre tuvieran en territorio nacional un domicilio o residencia habitual, se atenderá al domicilio o residencia habitual del hombre. Si la competencia del tribunal no pudiera fundarse en ninguna de estas disposiciones, será competente en exclusiva el juzgado de familia de Schöenberg en Berlín. Las disposiciones se aplicarán análogicamente al proceso establecido en el § 1615.o) del Código Civil.

(2) Los tribunales alemanes son competentes cuando una de las partes

1. sea alemana, o
 2. su residencia habitual radique en Alemania.
- Esta competencia no es exclusiva.

§ 640.b): Capacidad procesal para demandas de impugnación.

En un litigio que tenga por objeto la impugnación de la paternidad, las partes tienen capacidad procesal aunque tengan restringido el poder de disposición de sus negocios; esto no rige respecto del hijo menor de edad. Si una de las partes está inhabilitada para disponer de sus negocios o el hijo no ha alcanzado aún la mayoría de edad, el litigio será conducido por el representante legal.

§ 640.c): Acumulación de demandas. Reconvencción.

(1) Junto a una de las demandas señaladas en el § 640 no puede acumularse una demanda de distinto tipo. Una reconvencción de distinto tipo no puede ser interpuesta. El § 653.1 no queda afectado.

(2) Mientras esté pendiente una de las demandas señaladas en el § 640 no puede interponerse una ulterior demanda similar.

§ 640.d): Limitación al principio de investigación.

Si se impugna la paternidad el tribunal puede, frente a la oposición del impugnante, tener en cuenta hechos que no hubieran sido alegados por las partes, sólo si resultasen adecuados para contraponerse a la impugnación.

§ 640.e): Emplazamiento. Litisdenunciación.

(1) Si uno de los progenitores o el hijo no fueran considerados parte en el litigio, se les emplazará en plazo a la vista mediante la comunicación de la demanda. El progenitor o el hijo pueden coadyuvar a una u otra parte.

(2) Un hijo que cree poder tomar a un tercero como padre para el supuesto de haber perdido en un proceso dirigido frente a él, puede demandarle hasta la resolución firme del litigio. La disposición se aplica analógicamente para una demanda de la madre.

§ 640.f): Suspensión del proceso.

Si un dictamen pericial, cuya información se hubiera requerido, no pudiera ser expuesto debido a la edad del hijo, el tribunal puede suspender de oficio el proceso, si la práctica de la prueba estuviere por lo demás concluida. La reanudación de nuevo del proceso tendrá lugar tan pronto como el dictamen pericial pueda exponerse.

§ 640.g): Muerte de la parte demandante en el proceso de impugnación.

Si el hijo o la madre hubieran presentado la demanda de impugnación o de determinación judicial de la paternidad y muriera la parte demandante antes de la firmeza de la sentencia, no será aplicable lo dispuesto en el § 619 si la otra parte legitimada para la demanda asume el proceso. Si el proceso no se asume en el plazo de un año, el litigio se estimará cumplido en cuanto a la cuestión principal.

§ 640.h): Efectos de la sentencia.

(1) La sentencia tendrá eficacia *erga omnes*, en tanto adquiera firmeza durante la vida de las partes. Una sentencia que determine la existencia de una relación paterno-filial o la patria potestad, tendrá efectos frente al tercero que precise para sí mismo de la relación paternal o de la patria potestad sólo si el tercero hubiera participado en el litigio. La oración segunda no es aplicable a aquellas sentencias que determinen la existencia de paternidad conforme al § 1600.d) del Código Civil.

(2) Una sentencia firme, que declare la inexistencia de paternidad conforme al § 1592.5 del Código Civil como consecuencia de la impugnación de la misma conforme al § 1600.1 número 2 del Código Civil, contendrá la determinación judicial de la paternidad del impugnante. Este efecto se dictará de oficio en la parte dispositiva de la sentencia.

§ 641 hasta 641.b): (derogados).

§ 641.c): Autenticación.

El reconocimiento de la paternidad, el consentimiento de la madre, así como la revocación del reconocimiento pueden expresarse en el acta judicial de la vista. Lo mismo rige para el posible consentimiento necesario del hombre casado con la mujer en el momento del nacimiento del hijo, o del hijo o de un representante legal.

§ 641.d): Medidas provisionales.

(1) Tan pronto como esté pendiente un litigio sobre la determinación judicial de la existencia de paternidad según el § 1600.d) del Código Civil o se presente una petición de asistencia jurídica gratuita, a instancia del hijo el tribunal puede regular provisionalmente la manutención de éste, o a instancia de la madre, la manutención de ésta. El tribunal también puede ordenar que el hombre pague dicha manutención, o preste caución para la manutención, o también puede determinar la cuantía de la misma.

(2) La petición cautelar es admisible desde que se interponga la demanda, y puede ser presentada mediante protocolo ante la Secretaría del juzga-

do. La pretensión cautelar y su necesidad deben acreditarse indiciariamente. La resolución cautelar se dictará previa audiencia y mediante auto. La competencia recae sobre el tribunal de primera instancia, y si el litigio estuviere pendiente ante el tribunal de apelación, recae sobre éste.

(3) Frente a un auto dictado por el tribunal de la primera instancia, cabe recurso de queja urgente. Si el litigio estuviere pendiente ante el tribunal de apelación, la queja se interpondrá ante el tribunal de apelación.

(4) Las costas generadas en el procedimiento cautelar iniciado por una de las partes se considerarán parte de las costas de la causa principal, y las generadas en el procedimiento cautelar iniciado por un interviniente adhesivo se consideran parte de las costas de la intervención adhesiva; en lo restante, el § 96 se aplica analógicamente.

§ 641.e): Suspensión y extinción de las medidas provisionales.

La medida provisional se extinguirá, si antes no ha sido anulada, tan pronto como aquel que obtuvo la medida consiga frente al hombre un título de reconocimiento de deuda que no sea únicamente ejecutable provisionalmente.

§ 641.f): Extinción por rechazo o retirada de la demanda.

La medida provisional se extinguirá también cuando la demanda sea retirada o cuando se dicte sentencia que rechaza la demanda.

§ 641.g): Deber de indemnización del demandante.

Si la demanda de determinación judicial de la existencia de paternidad es retirada o rechazada con carácter firme, aquel que obtuvo la medida provisional debe indemnizar al hombre por los daños y perjuicios que la ejecución de la medida le hubiera producido.

§ 641.h): Contenido de la sentencia.

En caso de que el tribunal rechaza una demanda de determinación judicial de la inexistencia de paternidad, porque haya determinado que el demandante o el demandado es el padre, lo declarará en la sentencia.

§ 641.i): Revisión de la sentencia firme.

(1) Cabe demanda de revisión de la sentencia firme⁵ que haya resuelto sobre la paternidad en los supuestos del § 580, si la parte expone un nuevo

dictamen pericial sobre la paternidad, que solo o en relación con las pruebas practicadas en el proceso precedente hubieran conducido a un fallo distinto.

(2) La demanda de revisión también puede ser interpuesta por la parte vencedora del proceso precedente.

(3) Para conocer de la demanda de revisión de una sentencia firme es competente en exclusiva el tribunal que hubiera conocido en primera instancia; Si la sentencia impugnada la hubiera dictado el tribunal de apelación o de casación, será competente el tribunal de apelación. Si la demanda se acumula a un recurso de anulación o de revisión conforme al § 580, entonces se dará cumplimiento según el § 584.

(4) El § 586 no es aplicable.

SECCIÓN SEXTA

PROCESOS SOBRE LA MANUTENCIÓN

TÍTULO PRIMERO

DISPOSICIONES GENERALES

§ 642: Competencia.

(1) Para los procesos referidos a la obligación legal de manutención del hijo menor por parte de uno de los progenitores o por ambos, es exclusivamente competente el tribunal del lugar en el que el hijo o el progenitor que lo representa legalmente tengan su fuero general. Esto no rige cuando el hijo o un progenitor tengan su fuero general en el extranjero.

(2) Los apartados segundo y tercero del § 621 son aplicables. Para el proceso simplificado sobre la obligación legal de manutención (§§ 645 a 660) se aplica sólo en caso de su conversión en un proceso contencioso.

(3) La demanda de uno de los progenitores contra el otro que verse sobre una petición de obligación legal de manutención derivada del matrimonio, o sobre una petición según el § 1615.1) del Código Civil, puede interponerse también ante el tribunal ante el cual estuviere pendiente en primera instancia un proceso sobre la manutención del hijo.

§ 643: Derecho de información del tribunal.

(1) El tribunal puede requerir a las partes en conflictos sobre la manutención según los núme-

5. La acción de revisión de una sentencia firme (*Restitutionsklage gegen ein rechtskräftiges Urteil*) puede equipararse con lo regulado en los §§ 509 y siguientes de la LEC española.

ros 4, 5 y 11 del § 621.1 a que le entreguen datos y documentos justificativos sobre sus rentas, en tanto que ello sea importante para el cálculo de la manutención, así como datos sobre su patrimonio y su situación personal y económica.

(2) Si una de las partes no atiende el requerimiento del tribunal según el apartado primero o no lo hace de manera completa, el tribunal puede recabar información, en tanto que ello sea necesario para la aclaración del litigio,

1. sobre la cuantía de sus rentas procedentes de
 - a) empleadores,
 - b) oficinas de prestación social así como de la caja social de artistas,
 - c) aquellas personas u oficinas que abonen prestaciones de pensiones de vejez o de incapacidad laboral, así como prestaciones indemnizatorias o de compensación, y
 - d) aseguradoras,
2. sobre el organismo competente en materia de planes de pensiones de jubilación, y sobre el número de sus planes de pensiones en la oficina de datos del organismo competente en materia de planes de pensiones de jubilación,
3. en litigios referidos a una pretensión de manutención de un hijo menor, sobre la cuantía de sus rentas y su patrimonio según los organismos tributarios.

El tribunal debe advertir sobre ello a la parte, como muy tarde, al notificarle el requerimiento.

(3) Los sujetos y organismos señalados en el apartado segundo están obligados a cumplir con el mandamiento judicial. Lo dispuesto en el § 390 se aplica análogamente a los supuestos de los números 1 y 2 del § 643.2.

(4) Las disposiciones generales de los Libros Primero y Segundo permanecen sin alteración.

§ 644: Medidas provisionales.

En caso de interposición de una demanda conforme a los números 4, 5 u 11 del § 621.1, o en caso de solicitud de asistencia jurídica gratuita para una demanda análoga, el tribunal puede regular provisionalmente a instancia de parte el contenido del deber de manutención. Los §§ 620.a) hasta 620.g) se aplican análogamente.

TÍTULO II

PROCESO SIMPLIFICADO PARA LA MANUTENCIÓN DE HIJOS MENORES

§ 645: Procedencia del proceso simplificado.

(1) A instancia de parte puede fijarse a través del proceso simplificado la manutención de un hijo menor, el cual no conviva con el progenitor requere-

rido, en tanto que la manutención, con anterioridad al abono de las prestaciones a tener en cuenta según los §§ 1612.b) y 1612.c) del Código Civil, no supere en 1,5 veces el importe reglamentario, según la ordenanza del importe reglamentario.

(2) El proceso simplificado no es procedente si al momento de la presentación de la petición o de la comunicación al oponente sobre su contenido, un tribunal ha resuelto sobre la petición de manutención del hijo, está pendiente un proceso judicial o se ha dictado un título de deuda ejecutivo.

§ 646: Solicitud.

- (1) La solicitud debe contener:
 1. la mención de las partes de sus representantes legales o apoderados;
 2. la mención del tribunal ante el cual se interpone la solicitud;
 3. la mención de los datos del nacimiento del hijo;
 4. la mención sobre el momento a partir del cual se solicita la manutención;
 5. para el supuesto de que la manutención se exija para el pasado, la mención respecto a cuándo sucedieron los presupuestos establecidos en el número 2 del apartado segundo o en el apartado primero del § 1613 del Código Civil;
 6. la mención de la cuantía de la manutención solicitada;
 7. las menciones sobre la contribución para satisfacer los alimentos de los hijos y otras prestaciones a incluir en el cómputo (§§ 1612.b) y 1612.c) del Código Civil);
 8. la declaración de que entre el hijo y el oponente existe una relación paterno-filial conforme a los §§ 1591 a 1593 del Código Civil;
 9. la declaración de que el hijo no convive junto con el oponente;
 10. la mención de la cuantía de los ingresos del hijo;
 11. la declaración de que la petición es debida a algún derecho transitorio o no reembolsado;
 12. la declaración de que la manutención no se solicita para períodos respecto a los cuales el hijo hubiere percibido ayudas conforme a la Ley federal de ayudas sociales (*Bundessozialhilfegesetz*), ayudas para la educación y la integración conforme al Libro VIII del Código Laboral (*Sozialgesetzbuch*), prestaciones conforme a la Ley de anticipo de la manutención (*Unterhaltsvorschussgesetz*) o manutención conforme al § 1607.2 ó 1607.3 del Código Civil, o, en caso de que la manutención se deba a un derecho transitorio según la oración segunda del § 91.3 de la Ley federal de ayudas sociales o según la oración primera del § 7.4 de la Ley de anticipo de la manutención, la declaración de que la manutención solicitada por o para el hijo no supera la prestación;

13. la declaración de que la procedencia del proceso simplificado no resulta excluida según el § 645.2.

(2) Si la solicitud no cumple estos presupuestos y los señalados en el § 645, será denegada. Antes de la denegación debe oírse al solicitante. La denegación no es susceptible de impugnación.

(3) Si estuvieren pendientes ante el tribunal procesos simplificados respecto de otros hijos del oponente, se procederá a su acumulación con el objeto de resolverse al mismo tiempo.

§ 647: Medidas judiciales.

(1) Si según las alegaciones del solicitante resultase admisible el proceso simplificado, el tribunal decretará la notificación al oponente acerca del contenido de la solicitud o de la comunicación. Al mismo tiempo le advertirá de:

1. desde cuándo y por cuánto puede ser fijada la manutención; en este caso se indicarán

a) los períodos según la edad del hijo, respecto de los cuales la determinación de la manutención tiene en cuenta las cantidades reglamentarias del primer, segundo y tercer período de edad;

b) en el caso del § 1612.a) del Código Civil, también el porcentaje de la cantidad reglamentaria correspondiente;

c) las prestaciones a computar conforme a los §§ 1612.b) y 1612.c) del Código Civil;

2. que el tribunal no ha probado si la manutención reclamada tiene en cuenta los ingresos del hijo recogidos en la solicitud;

3. que sobre la manutención puede dictarse un auto de determinación judicial a través del cual el solicitante puede obtener la ejecución, cuando el requerido no oponga excepciones en el plazo de un mes en la forma debida;

4. aquellas excepciones que pueden oponerse conforme a los apartados uno y dos del § 648, y en especial, que la excepción de la falta o limitación de la capacidad económica de prestación sólo puede oponerse cuando la información del número 3 del § 648.2 se haya presentado en un formulario completamente rellenado y se incluyan datos justificativos sobre los ingresos;

5. que las excepciones, cuando se hayan utilizado formularios, deben ser presentadas junto con un impreso del tipo adjuntado, el cual estará disponible en cualquier juzgado.

Si la solicitud se debe notificar al extranjero, el tribunal decretará el plazo según el número 3 del apartado siguiente;

(2) el § 167 se aplica analógicamente.

§ 648: Excepciones del oponente.

(1) El oponente puede oponer como excepciones contra

1. la procedencia del proceso simplificado,

2. el momento desde el cual la manutención debe ser satisfecha,

3. la cuantía de la manutención, en tanto en cuanto señale que

a) los períodos a determinar conforme a la edad del hijo, para los cuales la manutención debe ser fijada según las cantidades reglamentarias del primer, segundo y tercer período de edad, no se han calculado correctamente o los importes reglamentarios señalados se apartan de las recogidas en la ordenanza del importe reglamentario;

b) la manutención no puede ser fijada por una cuantía mayor que la solicitada;

c) las prestaciones del tipo indicado en los §§ 1612.b) y 1612.c) del Código Civil no se han computado o no lo han sido de manera adecuada.

Además, si garantiza que cumplirá inmediatamente la pretensión de manutención, puede alegar, a propósito de las costas procesales, que él no ha dado ninguna razón o motivo para la presentación de la solicitud (§ 93). El tribunal rechazará en el auto de determinación judicial las excepciones no fundamentadas según los números 1 y 3 de la oración primera, al igual que la excepción del número 2 de la oración primera, si al tribunal no le resultase fundamentada.

(2) El oponente podrá alegar otras excepciones sólo cuando al mismo tiempo declare en qué modo está dispuesto a la prestación de la manutención y que garantiza que cumplirá la pretensión de manutención. El oponente puede alegar la excepción del cumplimiento sólo si al mismo tiempo declara en qué modo la ha prestado y que garantiza que saldrá el atraso de la manutención que vaya más allá. También puede alegar la excepción de la falta o limitación de la capacidad económica de prestación sólo cuando al mismo tiempo presente información mediante el empleo del formulario introducido, sobre

1. sus ingresos,

2. su patrimonio y

3. su situación personal y económica

y presente los datos justificativos de sus ingresos.

(3) Las excepciones se tomarán en consideración en tanto no se haya dictado el auto de determinación judicial de la manutención.

§ 649: Auto de determinación judicial.

(1) Si no se alega ninguna excepción o solamente se alegan excepciones rechazables conforme a la oración tercera del § 648.1 o inadmisibles conforme al § 648.2, la manutención se determinará judicialmente mediante auto en el plazo señalado en la oración segunda del número 3 del § 647.1. En el auto se decretará que el oponente debe pagar la manutención judicialmente determinada al legítimo para percibir dicha manutención. En el auto

también deben fijarse las costas del proceso susceptibles de devolución y ocasionadas hasta entonces, en tanto que aquellas no puedan ser averiguadas sin más; para ello es suficiente con que el solicitante comunique al tribunal los datos necesarios para su cálculo.

(2) En el auto también se advertirá qué excepciones pueden ser opuestas mediante queja urgente y bajo qué presupuestos puede solicitarse una modificación mediante la solicitud establecida en el § 654.

§ 650: Comunicación sobre las excepciones.

Si se alegan excepciones que no fueran rechazables conforme a la oración tercera del § 648.1 o que resultan admisibles conforme al § 648.2, el tribunal comunicará al solicitante la presentación de dichas excepciones por parte del oponente. El tribunal determina judicialmente la manutención mediante auto a instancias del solicitante, en tanto en cuanto el oponente garantice el pago de la manutención conforme a las oraciones primera y segunda del § 648.2. Ello se advertirá en la comunicación según la oración primera.

§ 651: Proceso contencioso.

(1) En el supuesto del § 650, el proceso contencioso se tramitará a instancia de parte. Ello se advertirá en la comunicación del § 650.

(2) Interpuesta por una de las partes la solicitud de tramitación del proceso contencioso, el proceso continuará de igual modo que tras la presentación de una demanda. Las excepciones del § 648 rigen como contestación a la demanda.

(3) El litigio es considerado que pasa a estar pendiente como con la notificación de la solicitud de determinación judicial (oración primera del § 647.1).

(4) Si se hubiera dictado un auto de determinación judicial conforme a la oración segunda del § 650, para futuras pretensiones periódicas la manutención se fija en una cantidad total y el auto de determinación judicial será anulado en este sentido.

(5) Las costas del proceso simplificado se considerarán parte de las costas del proceso contencioso.

(6) Si la solicitud del proceso contencioso no se presenta en el plazo de seis meses desde la entrada de la notificación prevista en la oración primera del § 650, la solicitud de determinación judicial, respecto al auto de determinación judicial de la oración segunda del § 650 o respecto de la declaración de compromiso del oponente de la oración primera del § 648.2, se declarará retirada.

§ 652: Queja urgente.

(1) Contra el auto de determinación judicial cabe recurso de queja urgente.

(2) Junto con la queja urgente pueden únicamente alegarse las excepciones señaladas en el § 648.1, la admisibilidad de las excepciones según el § 648.2 así como la infracción de la resolución sobre las costas o de su tasación. La queja urgente no puede basarse en aquellas excepciones del § 648.2, que no se hubieran opuesto antes de la emisión del auto de determinación judicial.

§ 653: Manutención derivada de la constatación de la paternidad.

(1) Si se interpone por el hijo una demanda de determinación de la paternidad, a instancia de parte el tribunal debe condenar al mismo tiempo al demandado a pagar la manutención del hijo en la cuantía de las cantidades reglamentarias y según las etapas de edad de la ordenanza del importe reglamentario, que se minorará o aumentará conforme a las prestaciones a incluir en el cómputo según los §§ 1612.b) y 1612.c) del Código Civil. El hijo puede solicitar una manutención inferior. Por lo demás, en este proceso no puede solicitarse ni una rebaja ni un aumento de la manutención.

(2) Antes de la firmeza de la sentencia declarativa de la paternidad no es eficaz la condena a la prestación de la manutención.

§ 654: Solicitud de modificación.

(1) Si estuviere pendiente una solicitud de determinación judicial de la manutención según los §§ 649.1 ó 653.1, las partes pueden solicitar mediante una solicitud de modificación de la resolución, que el tribunal resuelva acerca de manutención en mayor cuantía o de una rebaja de la misma.

(2) Si la solicitud de rebaja de la manutención no se interpusiera en el plazo de un mes desde la firmeza de la determinación judicial de la manutención, la modificación puede reclamarse sólo para el período transcurrido desde la interposición de la solicitud. Si en dicho plazo se iniciara un proceso conforme al apartado primero, el plazo para el contrario no comenzará a correr hasta la finalización de dicho proceso.

(3) Si estuvieran pendientes solicitudes presentadas por ambas partes, el tribunal ordenará la acumulación de las mismas con el objeto de tramitar al mismo tiempo la vista y dictar la resolución.

§ 655: Modificación del título referido a prestaciones periódicas.

(1) Es posible modificar mediante auto en el proceso simplificado, a instancia de parte, títulos ejecutivos que señalen prestaciones periódicas, en los cuales se haya fijado una cantidad de las prestaciones a computar conforme a los §§ 1612.b) y 1612.c) del Código Civil, cuando varíe una circunstancia concluyente para el cálculo de dicha cantidad.

(2) A la petición de modificación debe adjuntarse una copia del título a modificar, y para el caso de sentencias, una copia de la sentencia redactada de forma completa. Si la sentencia se ha redactado de forma reducida, será suficiente con que se adjunte, además de la copia de la sentencia, una copia de la demanda certificada por el secretario judicial. La exhibición del título a modificar no será necesaria cuando éste se haya dictado de forma mecánica por el tribunal ante el que se solicita la modificación; el tribunal puede requerir al solicitante la exhibición del título.

(3) El oponente puede oponer excepciones sólo contra la admisibilidad del proceso simplificado, contra el momento desde el que procede la modificación o contra el cómputo de la cantidad de las prestaciones computables según los §§ 1612.b) y 1612.c) del Código Civil. Además, cuando garantice el pago inmediato de lo solicitado, y a propósito de las costas procesales, puede alegar que él no ha dado ninguna razón o motivo para la presentación de la solicitud (§ 93).

(4) Si se presenta una solicitud de modificación, el tribunal puede suspender el proceso hasta la resolución de la solicitud de modificación.

(5) Contra el auto cabe recurso de queja urgente. Junto a la queja urgente, pueden alegarse únicamente las excepciones señaladas en el apartado tercero, así como la infracción de la tasación de las costas.

(6) Por lo demás, se aplican analógicamente al proceso lo establecido en los §§ 323.2, 646.1 números 1 a 5 y 7, 646.2 y 646.3, así como los §§ 647, 648.3 y 649.

§ 656: Demanda contra el auto de modificación.

(1) Si la modificación del título de deuda del § 655 da lugar a una cantidad de manutención, la cual se aparta considerablemente de la cantidad calculada conforme al desarrollo de las circunstancias especiales de las partes, cada parte puede solicitar mediante demanda la modificación del auto que decretó dicha cantidad.

(2) La demanda es admisible únicamente cuando se presente en el plazo de un mes desde la notificación del auto. La oración segunda del § 654.2 y el 654.3 se aplican analógicamente.

(3) Las costas del proceso simplificado se considerarán parte de las costas del litigio sobre la solicitud de modificación.

§ 657: Disposiciones procedimentales especiales.

En el proceso simplificado, las solicitudes y declaraciones pueden hacerse ante el secretario

judicial. En tanto que se presenten formularios, éstos deben rellenarse; el secretario judicial dará constancia, con indicación de la fecha y del tribunal ante el que se presentan, de que él ha recibido la solicitud o la declaración.

§ 658: Reglas especiales para la tramitación mecanizada.

(1) En el proceso simplificado es admisible una tramitación mecanizada. El § 690.3 se aplica análogamente.

(2) En caso de tramitación mecanizada, los autos, medidas y copias se proveerán con el sello del tribunal; no es necesaria su firma.

§ 659: Formularios.

(1) El Ministerio Federal de Justicia (*Bundesministerium der Justiz*) estará facultado, mediante decreto, para simplificar y estandarizar el proceso mediante la introducción de formularios para el proceso simplificado, con el consentimiento del Consejo Federal (*Bundesrat*). Para aquellos tribunales que tramiten los procesos de manera mecanizada, y para aquellos tribunales que no los tramiten de forma mecanizada, pueden introducirse formularios diferenciados.

(2) En tanto que se hayan emitido formularios conforme al apartado primero para las solicitudes y declaraciones de las partes, éstas deben utilizarlos.

§ 660: Determinación del juzgado de primera instancia.

(1) Los Gobiernos de los Estados Federados (*Landesregierungen*) están facultados, mediante decreto, para acordar que la jurisdicción de un determinado juzgado de primera instancia se extienda a una agrupación de municipios o partidos judiciales para conocer del proceso de manutención de menores, cuando ello sirva para que tales procesos se resuelvan de manera rápida y racional. Los Gobiernos de los Estados Federados pueden delegar esta facultad, mediante decreto, en las Consejerías de Justicia de los Estados Federados (*Landesjustizverwaltungen*).

(2) El hijo puede presentar solicitudes y declaraciones con la misma eficacia tanto ante el juzgado de primera instancia que resultare competente, cuando el Gobierno del Estado Federado o la Consejería de Justicia del Estado Federado no acordaran un juzgado distinto para el proceso referido en el apartado primero, como ante aquel otro juzgado de primera instancia especializado.

SECCIÓN SÉPTIMA

PROCESOS EN CAUSAS REFERIDAS A PA- REJAS DE HECHO⁶

§ 66r: Causas referidas a parejas de hecho.

(1) Los procesos en materia de parejas de hecho son aquellos procesos cuyo objeto procesal es

1. la anulación de la pareja de hecho conforme a la Ley de Parejas de Hecho (*Lebenspartnerschaftsgesetz*),

2. la determinación judicial de la existencia o inexistencia de una pareja de hecho,

3. la obligación de asistencia social y ayuda en la relación de la pareja de hecho,

4. la obligación de manutención fundada legalmente en la relación de pareja de hecho,

5. la regulación de las relaciones referidas a la vivienda común y al ajuar doméstico del compañero de la pareja de hecho,

6. reclamaciones del derecho patrimonial de la pareja de hecho; incluso cuando terceros estuvieran interesados en el proceso,

7. separaciones conforme a la oración cuarta del § 6.2 de la Ley de Parejas de Hecho en relación con los §§ 1382 y 1383 del Código Civil.

(2) En las causas referidas a parejas de hecho, se aplican las disposiciones para los procesos de divorcio, de determinación judicial de la existencia o inexistencia de un matrimonio entre las partes o para la acreditación de la relación conyugal así como las dispuestas para los procesos referidos a otras causas en materia de familia según lo establecido en los números 5, 7, 8 y 9 del § 621.1.

(3) El § 606.a) se aplica con las siguientes normas especiales:

1. los tribunales alemanes también resultan competentes, cuando

a) uno de los miembros de la pareja de hecho tenga su residencia habitual en territorio nacional, aunque no se cumplan por completo los requisitos del número 4 de la oración primera del apartado primero, o

b) la pareja de hecho se haya producido ante el encargado del Registro Civil.

2. La oración primera del apartado segundo no resulta aplicable.

3. En la oración segunda del apartado segundo, en lugar de «el país al que pertenezcan los cónyuges», se entenderá aplicable «el Registro del país correspondiente».

6. Ley de Parejas de Hecho (*Lebenspartnerschaftsgesetz*) de 16 de febrero de 2001, modificada por la Ley de 15 de diciembre de 2004 (Boletín Oficial Federal, núm. 69, parte I, pp. 3396 y siguientes).

Revista de **Derecho de** **familia**

SECCIÓN PRÁCTICA

Reclamación de intereses ante el impago de pensiones alimenticias y compensatorias

Problemática que presenta

La cuestión relativa a los intereses que puedan generarse ante el impago de pensiones alimenticias o compensatorias no es un tema que haya sido tratado suficientemente ni por la doctrina ni por la jurisprudencia.

Desde nuestro punto de vista la problemática surge por la circunstancia de que tanto la pensión alimenticia como la compensatoria constituyen prestaciones periódicas que no tienen su adecuada previsión en el artículo 576 de la LEC. En efecto, señala este artículo que «Desde que fuere dictada en primera instancia, toda sentencia o resolución que condene al pago de una cantidad de dinero líquida determinará, en favor del acreedor, el devengo de un interés anual igual al del interés legal del dinero incrementado en dos puntos o el que corresponda por pacto de las partes o por disposición especial de la ley». En dicho precepto se contempla únicamente el caso en el que la sentencia condena al demandado al abono de una cantidad líquida estableciéndose de forma automática un interés por mora procesal desde el mismo día en que se dicta dicha sentencia, de tal forma que el demandado deberá abonar la cantidad que se fija en el fallo más el interés legal, incrementado en dos puntos, calculado hasta el día en que haga efectivo el importe del principal. Sin embargo, en el caso analizado, al tratarse de prestaciones periódicas, los intereses no pueden generarse desde la fecha de la sentencia, ya que es posible que el obligado al pago de las pensiones las haga efectivas

en los primeros momentos y deje impagadas las mensualidades siguientes.

Por tanto, la cuestión a resolver es si producido un impago de pensión alimenticia o compensatoria en un determinado mes, se generarán de forma automática intereses desde dicha fecha o será necesaria la intervención del acreedor para que, a través del correspondiente requerimiento, quede acreditada la mora del deudor.

Las resoluciones de Audiencias Provinciales que hemos localizado admiten diversas posibilidades:

a) Abono de intereses desde la fecha del incumplimiento.

La base de esta tesis está en diferenciar los intereses moratorios previstos en el artículo 1108 del CC y los intereses por mora procesal o disuasorios regulados en el artículo 576 de la LEC.

Los primeros se derivan de una obligación pecuniaria que consiste en el pago de una cantidad de dinero y una vez que incurre en mora el deudor, éste devengará el interés pactado o el convencional, o a falta de pacto, el interés legal. Respecto al *dies a quo* de la mora, se entiende que no es aplicable el párrafo primero del artículo 1100 del CC —desde que se exija judicial o extrajudicialmente de la obligación—, sino el segundo párrafo de dicho artículo: No será, sin embargo, nece-

saría la intimación del acreedor para que la mora exista: «1.º) Cuando la obligación o la ley lo declaren así expresamente. 2.º) Cuando de su naturaleza y circunstancias resulte que la designación de la época en que había de entregarse la cosa o hacerse el servicio, fue motivo determinante para establecer la obligación», y precisamente, este supuesto concurre cuando se impone la obligación de pago de las prestaciones alimenticias dentro de los cinco primeros días de cada mes, ya que su importe va destinado a cubrir las necesidades cotidianas del alimentista en los términos previstos en los artículos 142 y siguientes del CC.

En cambio, los intereses por mora procesal, son considerados como punitivos o sancionadores y nacen *ope legis* sin necesidad de petición por parte del acreedor.

Por tanto, los intereses que pudiésemos denominar ordinarios se devengarán desde la fecha del incumplimiento de cada obligación periódica y cesarán cuando comiencen los intereses por mora procesal, intereses que se generan desde la fecha de presentación de la demanda de ejecución.

«Si el día cinco de cada mes el demandado debía abonar la pensión alimenticia y no lo hace, a partir del día siguiente la suma no pagada comenzará a devengar intereses». *AP Barcelona, Sec. 12.ª, Auto de 25 de febrero de 2002.*

b) Abono de intereses legales desde la fecha en que se produce el requerimiento al ejecutado, bien se realice judicial o extrajudicialmente.

Los partidarios de esta tesis entienden que es de aplicación lo dispuesto en el artículo 1100 del CC y por tanto, incurrir en mora los obligados a entregar o a hacer alguna cosa desde que el acreedor les exija judicial o extrajudicialmente el cumplimiento

de su obligación. Como generalmente no suelen efectuarse requerimientos fehacientes para reclamar las pensiones alimenticias o compensatorias adeudadas, el inicio del devengo de los intereses comenzará con la presentación de la demanda de ejecución, o en su caso, desde la fecha en que se notifica el citado auto al ejecutado.

«Abono de los intereses por impago de las pensiones desde la fecha en que se interpuso la demanda de ejecución». *AP Córdoba, Sec. 2.ª, Auto de 11 de junio de 2003.*

«Abono de los intereses moratorios desde la fecha del requerimiento de pago efectuado al ejecutado». *AP Sevilla, Sec. 5.ª, Auto de 30 de abril de 2004.*

c) Abono de intereses desde la fecha en que se hace líquida la deuda, tras tramitarse el correspondiente incidente de oposición.

El fundamento jurídico de esta tesis está en que hasta tanto no se dicta el oportuno auto en el que se fija definitivamente la cantidad que adeuda el ejecutado no puede iniciarse el cómputo de los intereses, ya que no es hasta dicha fecha cuando la cantidad se convierte en líquida, siendo de aplicación la máxima *in illiquedis non fit mora*. Es decir, como la cantidad realmente adeudada no es conocida hasta que se fija por la correspondiente resolución judicial, los intereses sólo podrán devengarse desde esta fecha.

«La liquidación de intereses debe partir de la fecha en que se hace líquida la deuda». *AP Madrid, Sec. 24.ª, Auto de 12 de junio de 2002.*

«Los intereses deben calcularse desde que la cantidad es líquida». *AP Madrid, Sec. 22.ª, Auto de 29 de octubre de 2002.*

«Las pensiones alimenticias devengan el interés legal del dinero incrementado en dos

puntos, es decir, el interés de mora procesal, que deberán ser computados desde que recayeron las diversas resoluciones judiciales que fueron dictadas en las diversas ejecuciones que establecieron, en cada una de ellas, la cantidad líquida». *AP Madrid, Sec. 24.ª, Sentencia de 20 de abril de 2004.*

Puestos a optar por una de estas tesis, entendemos que previamente hay que tener presente tres cuestiones:

1. Estamos ante una ejecución de sentencia y no ante un procedimiento declarativo en el que se está reclamando el cumplimiento de una obligación a la que puede adicionarse la reclamación de unos intereses ordinarios o moratorios pactados en el contrato. Quizás por ello, a nuestro entender, esta cuestión impida acoger la segunda de las tesis expuestas.

2. Hay que considerar que la doctrina más moderna considera que con la sentencia —en este caso con el auto despachando ejecución o resolviendo la oposición a la ejecución— no opera la creación de un derecho con carácter constitutivo, sino que lo tiene meramente declarativo, pues a través de la misma lo que se hace es declarar un derecho a la obtención de una cosa o cantidad que con anterioridad a la resolución judicial ya le pertenecía y debía haberle sido retribuida al acreedor.

3. Debemos aceptar que la cantidad que se está reclamando por pensiones atrasadas es líquida en sí misma, con independencia de que luego, por estimación de alguna causa de oposición, la misma se vea reducida a otra cantidad. Si admitimos esta consideración, no podrá aceptarse la tercera de las tesis expuestas, sin perjuicio de que, en caso de estimación de alguna causa de oposición, la práctica de la liquidación de intereses pueda resultar muy complicada. Para facilitar esta operación será muy clarificador que el auto que ponga fin al incidente de ejecución no

se limite a establecer la cantidad adeudada por el ejecutado, sino que también declare qué pensiones concretas o parte de las mismas son las que se adeudan.

Visto lo anterior, nuestra postura se acerca a la primera de las tesis expuestas, esto es, los intereses se generan desde la fecha de cada incumplimiento, y precisamente por ello, tiene su razón de ser la previsión que se establece en el artículo 575 de la LEC, en cuanto a que la ejecución se despachará por la cantidad que se reclame en la demanda ejecutiva en concepto de principal e intereses ordinarios y moratorios vencidos, incrementada por la que se prevea para hacer frente a los intereses que, en su caso, puedan devengarse durante la ejecución y a las costas de ésta. Es decir, en dicho precepto claramente se diferencian los intereses que ya se han devengado antes de la presentación de la demanda y por otro lado los que se devengarán desde dicha fecha hasta que el ejecutado, bien voluntariamente o tras seguirse la vía de apremio, haga efectivo el principal.

Sin perjuicio de lo anterior, habrá que tener en cuenta los efectos que las posibles causas de oposición tengan en los intereses. Por ejemplo, si se estima la caducidad, no se podrán reclamar intereses respecto a pensiones que se hayan devengado con anterioridad a los cinco últimos años desde que se presentó la demanda de ejecución. Y si se estima la causa de oposición de pago o pluspetición, habrá que reformar la liquidación de intereses que se presentó por el ejecutado.

Por último, sólo nos queda comentar que si en el convenio regulador se estableció expresamente el abono de un determinado tipo de interés si el obligado al pago de las pensiones alimenticias o compensatorias no las hacía efectivas dentro del plazo fijado, dicho pacto, una vez aprobado homologado judicialmente el convenio, será plenamente

exigible. En el caso que se analizó en el auto que se reseña en el párrafo siguiente, surgido el impago de la pensión y la reclamación de intereses por parte de la acreedora, el ejecutado cuestionó la validez de dicha cláusula por entender que el interés era usurario e interesaba, bien que se dejara sin efecto o en su caso, que se aplicase la moderación de la pena que se contenía en el artículo 1154 del CC. Pues bien, aunque el juzgado de instancia moderó la cuantía de los intereses, la Audiencia Provincial entendió que dicho pacto debía cumplirse en sus propios términos sin

que pudiese discutirse, en vía de ejecución de sentencia, el carácter abusivo o usurario de la cláusula.

«Validez y eficacia de la cláusula penal pactada en el convenio regulador para el supuesto de que el padre se retrasare en más de treinta días naturales en el cumplimiento de las obligaciones que asume, sin que sea factible en fase de ejecución de sentencia discutir si dicha cláusula es abusiva o usuraria». *AP Balears, Sec.4.ª, Auto de 29 de julio de 2002.*

Casos Prácticos

1 SOCIEDAD DE GANANCIALES

¿Puede resolverse en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales la controversia surgida en cuanto al porcentaje que, con carácter privativo, pertenece a cada cónyuge, en relación con los pagos que se hicieron de la vivienda familiar antes de haberse contraído el matrimonio?

No. El procedimiento para la liquidación de la sociedad de gananciales sólo tiene por objeto determinar qué bienes existen en el activo y qué deudas en el pasivo, y posteriormente efectuar las adjudicaciones oportunas. Por tanto, tratándose la cuestión relativa al porcentaje privativo de la vivienda familiar de una cuestión ajena a la sociedad de gananciales, deberá discutirse en el procedimiento declarativo que por cuantía le corresponda.

2 SOCIEDAD DE GANANCIALES

Con ocasión de liquidar la sociedad de gananciales, los cónyuges pactaron que la esposa entregaría al esposo 15.000 euros como exceso de adjudicación, comprometiéndose el esposo a liberar a la esposa de su condición de prestataria en unos préstamos que serían asumidos por éste en solitario. ¿Puede el esposo instar la ejecución para el cobro de los 15.000 euros sin cumplir previamente su obligación?

Si el esposo decide instar la ejecución sin dar cumplimiento previo a su obligación, corre el riesgo de que la esposa se oponga y se desestime la demanda ejecutiva, ya que ninguno de los cónyuges puede exigir el cumplimiento del convenio en tanto no cumpla la obligación que asumía en el mismo. La jurisprudencia ha canalizado esta causa de oposición por vía del artículo 556.1, 2.º de la LEC, esto es, la existencia de pactos y transacciones que se hubiesen convenido para evitar la ejecución.

3 PENSIÓN ALIMENTICIA

Si el padre tiene conocimiento de que la hija ya se ha integrado en el mercado laboral ¿puede esgrimir esta causa de oposición a la ejecución por impago de pensiones alimenticias?

Hay que partir del dato de que las causas de oposición frente a la ejecución de resoluciones judiciales están tasadas en la ley, y por tanto, no contemplándose esta causa dentro de las previstas en los artículos 556, 558 o 559 de la LEC. No obstante, pudiera cuestionarse, si es que el ejecutado acredita que la hija está realmente trabajando, si concurre la causa de oposición prevista en el artículo 559.1.2.º de la LEC, esto es, falta de capacidad o de representación de la ejecutante, ya que si la hija está trabajando y percibe ingresos suficientes para mantenerse ya

no se cumplen los requisitos previstos en el artículo 93 del CC. Sin embargo, la realidad es que la mayoría de nuestros tribunales entiende que, en estos casos, el ejecutado debe seguir lo dispuesto en el artículo 564 de la LEC, o lo que es lo mismo, deberá presentarse una demanda de modificación de medidas.

4 SOCIEDAD DE GANANCIALES

Si uno de los cónyuges no asistió a la comparecencia de inventario de la sociedad de gananciales y la citación se realizó en la persona del procurador que éste tuvo en el procedimiento de separación ¿qué debe hacer?

Deberá recurrir la resolución que haya puesto fin al inventario alegando que se le ha causado indefensión, ya que la liquidación de la sociedad de gananciales es un nuevo procedimiento independiente del proceso de separación o divorcio, y por tanto, se hace preciso que se cite a las partes a la comparecencia de inventario a través de cualquiera de las formas previstas en el artículo 152 de la LEC. No puede perderse de vista que la representación que se confirió al Procurador fue únicamente para el procedimiento de separación o divorcio, y no para todos los procedimientos en los que pudiese ser parte el poderdante, y por tanto, no estando personado el Procurador en el proceso de liquidación, es nula la citación que al mismo se practique.

5 VIVIENDA FAMILIAR

En la sentencia de separación se atribuyó a la esposa y a los hijos el uso de la vivienda familiar propiedad de la sociedad de gananciales. Desde hace tiempo los cónyuges

habían suscrito una póliza de seguro para garantizar tanto el contenido como el continente ante cualquier evento dañoso. ¿Tras la separación, quién debe abonar las primas del seguro?

En primer lugar habrá que estar al contenido del convenio regulador o de la sentencia para comprobar si existe alguna referencia a este gasto, ya que ello nos dará la solución a la cuestión planteada. Si ello no es así, el criterio jurisprudencial mayoritario considera que estamos ante un gasto que grava la propiedad del inmueble y no el uso, y por tanto, las primas del seguro deberán ser abonadas por mitad entre ambos cónyuges, o en la proporción que correspondan si las partes indivisas no son igualitarias.

6 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Se dicta sentencia de separación y dos años después se tramita un procedimiento de modificación de medidas cuya resolución final cambia la cuantía de la pensión alimenticia, si bien, aun no ha adquirido firmeza al estar pendiente de resolución un recurso de apelación. En ese ínterin, la esposa insta la ejecución de la sentencia de separación y reclama el importe de las pensiones alimenticias en la cuantía que se estableció inicialmente. ¿Puede oponerse el esposo a la ejecución?

Efectivamente, al haberse dictado sentencia modificando las medidas de la separación, las medidas originarias perdieron su vigencia al ser de aplicación lo dispuesto en el artículo 774.3 de la LEC, esto es, que los recursos que, conforme a la ley, se interpongan contra la sentencia no suspenderán la eficacia de las medidas que se hubiesen acordado en ésta. Técnicamente no existe una causa específica de oposición donde englo-

bar este supuesto, por ello habrá que alegar que el título de ejecución es nulo al haberse alterado con posterioridad a su dictado.

7 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Si en el convenio regulador se pactó que, en concepto de pensión compensatoria, el esposo abonaría mensualmente a la esposa el 30 % de los ingresos líquidos que percibiese por todos los conceptos ¿puede la esposa instar una ejecución para que el esposo le abone el 30% de la devolución del IRPF?

Entendemos que no, ya que del contenido de la cláusula se deduce que los cónyuges han querido practicar una liquidación mensual, y no una liquidación anual que sería la consecuencia a la que nos llevaría computar las cantidades devueltas por la Hacienda Pública. Por otro lado, hay que tener en cuenta que el IRPF tiene una naturaleza individual, personal y directa, y que computar estas cantidades dentro de la pensión compensatoria permitiría beneficiar a la ex esposa de las desgravaciones fiscales, como por ejemplo, aportación a planes de pensiones, en los que la esposa no ha participado.

Si se admitiese la tesis de la esposa, también debería hacerse partícipe a la misma del pago de la cuota tributaria cuando la declaración del IRPF sale positiva.

Lógicamente, habrá que estar atentos a los posibles incrementos en las retenciones más allá de los baremos oficiales y que hayan sido solicitados voluntariamente por el esposo.

8 LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES

Los cónyuges liquidaron la sociedad de gananciales en el convenio regulador y efectuaron las adjudicaciones que tuvieron por

convenientes, repartiéndose según consta en el documento, entre otros bienes, el dinero en mano y el saldo existente en las cuentas bancarias. En dicho convenio se hace constar que ambos cónyuges muestran su conformidad con las adjudicaciones y renuncian a efectuarse posteriores reclamaciones. El esposo, al no haber recibido la cantidad que se le adjudicó interpone demanda ejecutiva, oponiéndose la esposa al entender que no cabía ninguna reclamación, máxime cuando en el convenio no se establecía ninguna obligación de pago, lo que a su entender, motiva la aplicación de la causa de oposición prevista en el artículo 559.1.3 de la LEC, esto es, la nulidad del título por no contener pronunciamiento de condena. ¿Tiene viabilidad jurídica esta oposición?

Resulta fundamental tener presente si en el convenio regulador se da o no una formal carta de pago de las obligaciones asumidas. Si es así, en principio parece difícil que la reclamación pueda prosperar salvo que se acredite la concurrencia de un vicio en el consentimiento.

Cuando no se especifica en el convenio que se dé formal carta de pago, entendemos que la reclamación debe ser atendida. El hecho de que en un convenio regulador se efectúen unas adjudicaciones de bienes y que los cónyuges muestren su conformidad con las mismas, e incluso, que renuncien a cualquier reclamación futura, no impide que si no se ha dado cumplimiento a lo pactado en el convenio en cuanto a la entrega efectiva de los bienes, pueda el cónyuge perjudicado instar la correspondiente demanda ejecutiva.

9 LIQUIDACIÓN DE GANANCIALES

Si después de instarse por la esposa medidas previas y demanda de separación, el esposo, de profesión comerciante, contrae deudas. ¿Tienen las mismas carácter ganancial?

La petición de medidas provisionalísimas y la demanda de separación no producen otros efectos que los señalados en los artículos 102, 104 y 106 del Código Civil. Entre ellos, se encuentran, ciertamente, la revocación de consentimientos y poderes y el cese de la posibilidad de vincular los bienes privativos del otro cónyuge en el ejercicio de la potestad doméstica, pero ninguno supone la extinción del régimen económico matrimonial ni, en lo que ahora nos interesa, las reglas sobre responsabilidad de los bienes gananciales desarrolladas en los artículos 6 y siguientes del Código mercantil en el caso de ejercicio del comercio por una persona casada. Por tanto, sólo la firmeza de la sentencia de separación produjo la disolución del régimen económico legal del matrimonio, y es únicamente a partir de dicha fecha cuando las deudas que contraigan los cónyuges tendrán carácter privativo.

10 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

En la sentencia de separación se fijó como pensión alimenticia el 30% mensual de los ingresos que por todos los conceptos perciba el padre. Recientemente se ha tenido conocimiento de que el mismo percibe una segunda pensión de invalidez. ¿Podrá reclamarse el 30% de dicha pensión desde la fecha en que empezó a percibirla?

Sin duda. Respetando el plazo de caducidad de la acción ejecutiva, una vez conocida la cuantía de dicha pensión, podrá reclamarse el 30% de la misma desde que comenzó a percibirla presentando la correspondiente demanda de ejecución dineraria.

11 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Los cónyuges suscribieron un convenio en el que establecían las bases para efectuar ante Notario la liquidación de la sociedad

de gananciales. Posteriormente, otorgaron escritura pública de capitulaciones modificando aquellas bases y efectuando las adjudicaciones que tuvieron por convenientes y pactando que «se daban por pagados y satisfechos en sus respectivos haberes sin que tengan nada que reclamarse por ningún concepto». Después de otorgarse esta escritura, los cónyuges comparecieron ante el Juzgado y ratificaron el convenio regulador sin hacer mención a la escritura pública otorgada, dictándose acto seguido sentencia de separación en la que se aprobaba el convenio regulador. La esposa ha presentado una demanda ejecutiva reclamando el pago de la cantidad que figuraba en el convenio regulador que debería abonarle el esposo por exceso de adjudicación. ¿Tendrá viabilidad jurídica dicha reclamación?

A pesar de que aparentemente pudiera entenderse correcta la solicitud de ejecución al tratarse de una deuda contemplada en el convenio regulador que fue aprobado por sentencia, dicha demanda está abocada al fracaso, toda vez que cuando se ratificó el convenio regulador ya estaba disuelta y liquidada la sociedad de gananciales como consecuencia del otorgamiento de la escritura pública de capitulaciones matrimoniales. Por tanto, al concurrir la causa de oposición prevista en el artículo 556.1 de la LEC, la demanda ejecutiva sería desestimada.

12 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Si el escrito de oposición a la ejecución se presenta fuera de plazo, pero es admitido a trámite por el Juzgado e incluso el ejecutante impugna la oposición sin hacer referencia alguna a su extemporaneidad ¿puede posteriormente en fase de recurso de apelación esgrimirse este motivo para solicitar la desestimación de la oposición a la ejecución?

Al no recurrirse la providencia que admitió a trámite el extemporáneo escrito de oposición, la misma adquirió firmeza, y por tanto, no se puede, al interponer el recurso de apelación contra el auto que resolvió la oposición a la ejecución, alegar este motivo para que se revoque el auto que admitió las causas de oposición que planteó el ejecutado.

13 FIJACIÓN DE MEDIDAS

En el año 1998 se dictó una sentencia de separación en la que se establecía que, en fase de ejecución de sentencia, se acordarían las medidas relativas al hijo menor de edad. Ahora, la madre insta una demanda de ejecución solicitando la adopción de dichas medidas. ¿Qué cauce procedimental debe darse a dicha petición?

Desde la entrada en vigor de la nueva normativa procesal las medidas deben siempre incluirse en la sentencia no pudiendo dejarse para la fase de ejecución su adopción ya que así lo expresa con meridiana claridad el artículo 774 de la LEC. Sin embargo, como en el caso que analizamos, existirán resoluciones anteriores a la entrada en vigor de la LEC que contenían este tipo de pronunciamientos. La solución que han dado los distintos tribunales a esta cuestión parece que se acerca más al procedimiento de modificación de medidas que a la presentación de una demanda de ejecución. No obstante, los tribunales que admiten la fijación de medidas en fase de ejecución entienden que habrá que optarse por el procedimiento seguido en el artículo 713 de la LEC, donde se permite alegaciones de las partes y una fase probatoria.

14 RÉGIMEN DE VISITAS

Han transcurrido algunas semanas sin que se lleve a efecto el régimen de visitas fija-

do en la resolución judicial. El padre insta la ejecución de sentencia y solicita que, tal y como señala el artículo 776.2 de la LEC se imponga a la madre una multa coercitiva. ¿Puede imponerse dicha multa en el auto de admisión a trámite de la demanda de ejecución?

No. Para que pueda imponerse una multa coercitiva en caso de incumplimiento de una resolución judicial, es necesario que previamente se haya seguido el trámite previsto en el artículo 709 de la LEC, es decir, debe ser requerido el ejecutado para que dé cumplimiento a lo acordado en la sentencia, y en caso de incumplimiento, procederá la imposición de la sanción.

15 RÉGIMEN DE VISITAS

Ante el incumplimiento reiterado del régimen de visitas. El padre interpone una demanda de ejecución y solicita que, en aplicación de lo establecido en el artículo 776.3 de la LEC, se proceda al cambio de guarda y custodia ¿puede sustanciarse dicha petición por los trámites de ejecución de sentencia?

Además de que hay que acreditar el incumplimiento del régimen de visitas y que en él tenga una participación activa el progenitor custodio, no puede olvidarse que en el precepto citado se hace referencia a que se «podrá», lo cual indica que no es una medida que se produzca de forma automática. Por ello, la doctrina entiende que esta referencia al posible cambio de guarda y custodia es una norma de carácter sustantivo que se contiene en la ley procesal, pero que para su efectividad, en los supuestos que proceda, será necesario presentar la oportuna demanda de modificación de medidas.

16 PENSIÓN ALIMENTICIA

Si el auto de medidas provisionales se notifica a la parte demandada en la segunda quincena del mes ¿debe abonarse la pensión íntegra de ese mes?

Aunque a simple vista pudiese parecer una cuestión simple y el sentido común nos lleva a indicar que sólo se debe abonar la parte proporcional de la pensión en función de los días que van desde la notificación del auto a final de mes, no puede ignorarse que existe un amplio sector jurisprudencial que propugna que, por aplicación de lo establecido en el artículo 148 del CC, la pensión se abonará desde la fecha de la presentación de la demanda, si bien con la matización de que para la concurrencia de esta tesis deberá constar acreditado que el ejecutado abandonó la vivienda familiar con anterioridad a la presentación de la demanda y que durante este período no abonó cantidad alguna al otro progenitor y a los hijos.

17 SOCIEDAD DE GANANCIALES

Si existe discrepancia entre los cónyuges en orden a la valoración de los muebles y del ajuar familiar y se presentan ciertas dificultades para ello por la pérdida u ocultación de los bienes ¿qué criterio debemos seguir para efectuar esta valoración?

La jurisprudencia se muestra partidaria en estos casos de que el valor de los muebles sea el equivalente al 3% del valor del inmueble aplicando analógicamente lo establecido en la Ley de Impuesto de Sucesiones y Donaciones.

18 SOCIEDAD DE GANANCIALES

Habiendo fallecido uno de los cónyuges sin que se liquidase la sociedad de gananciales, dadas las malas relaciones entre el cónyuge superviviente y los hijos del fallecido, se hace preciso efectuar judicialmente la liquidación de la sociedad e igualmente efectuar la partición de la herencia. ¿Qué procedimiento habrá que seguir?

Aunque existen algunas resoluciones judiciales que han sostenido que en estos casos no es aplicable el procedimiento regulado en los artículos 806 y siguientes de la LEC y que debe utilizarse el establecido en los artículos 782 y siguientes del mismo cuerpo legal, el criterio que se está imponiendo mayoritariamente es permitir que los herederos liquiden la sociedad de gananciales por los trámites previstos en los artículos 806 y siguientes, ya que con carácter previo a la partición de la herencia deben conocer lo que compone el caudal relicto y ello sólo se conocerá cuando se liquide la sociedad.

19 GUARDA Y CUSTODIA

¿El fallecimiento del progenitor custodio conlleva automáticamente que la custodia de los hijos debe pasar automáticamente al otro progenitor?

Evidente que no. Para que pueda otorgarse al padre la guarda y custodia será necesario que exista un pronunciamiento judicial al respecto. Hay que pensar que en muchos supuestos, tras el fallecimiento del progenitor custodio son los abuelos del menor los que se hacen cargo del mismo.

20 DIVORCIO

Después de presentarse una demanda de divorcio de mutuo acuerdo pero antes de que se produjese la ratificación, la madre fallece ¿pueden los hijos ratificarse en la petición de divorcio sucediendo procesalmente a la madre?

Al tratarse la acción de divorcio de una acción personal no pueden los herederos del cónyuge ratificarse en la petición de divorcio debiendo en consecuencia archivar el procedimiento.

21 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

¿Cabe alegar como causa de oposición a la ejecución por impago de pensiones la litispendencia por estar tramitándose un procedimiento de modificación de medidas?

Debe ser rechazada la excepción de litispendencia ya que en modo alguno puede producirse en el presente procedimiento, al tratarse de la ejecución de una resolución judicial firme, no de la fase declarativa de dos procesos abiertos acerca de la misma cuestión.

22 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

¿Puede presentarse una demanda ejecutiva con la finalidad de que el lugar de recogida y entrega previsto en el convenio regulador se modifique en el sentido de que la recogida y entrega tenga lugar en el Punto de Encuentro?

Sin perjuicio de que puntualmente pueda acordarse en ejecución que la recogida y entrega sea en el punto de encuentro si

se está tramitando un incidente por el incumplimiento de las visitas, la regla general es que esta petición debe hacerse por vía de una demanda de modificación de medidas.

23 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

¿Puede oponerse el ejecutado a la reclamación por impago de pensiones alimenticias en base a que la esposa extrajo de una cuenta bancaria una determinada cantidad de dinero?

Esta causa de oposición está destinada al fracaso habida cuenta que la pensión alimenticia hay que abonarla en la forma, lugar y modo previstos en la resolución judicial o en el convenio regulador, y la circunstancia de que la esposa haya podido extraer determinadas cantidades de una cuenta bancaria, es materia objeto del procedimiento de liquidación del régimen económico matrimonial.

24 EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Si antes de que se presentara la demanda de separación matrimonial el esposo transfirió a una cuenta bancaria de la que es titular la esposa una determinada cantidad ¿puede oponerse a la ejecución por impago de pensiones en base a la realización de dicha transferencia?

El pago que el deudor haya podido realizar al acreedor antes de que nazca una obligación en virtud de convenio regulador o resolución judicial no puede servir para oponerse a la ejecución, sin perjuicio de que, a través del procedimiento que corresponda pueda aquél ejercitar los derechos que crea que le asistan. Técnicamente el deudor estaría alegando la compensación de créditos, pero dicha institución no viene recogida

dentro de las causas de oposición cuando el título ejecutivo es una resolución judicial. Por otro lado, no debe olvidarse que si el pago se produjo antes del nacimiento de la obligación alimenticia o compensatoria, el mismo debió tener otro tipo de causa.

25 PENSIÓN ALIMENTICIA

Dictada sentencia de separación en la que se atribuyó la guarda y custodia de los hijos a la madre y se estableció una pensión alimenticia para éstos a cargo del padre, las partes firman un convenio de modificación de mutuo acuerdo y lo presentan al juzgado para su homologación. En dicho convenio se acuerda que la custodia sea ejercida por el padre y no se indica nada respecto al pago de una pensión alimenticia a cargo de la

madre. ¿Puede el tribunal de oficio fijar una pensión alimenticia?

Teniendo en cuenta que la modificación de medidas tramitada de mutuo acuerdo debe tramitarse conforme a lo establecido en el artículo 777 de la LEC, es evidente que tratándose de una medida que afecta a los hijos menores de edad, el tribunal podrá establecer la contribución del progenitor no custodio a los alimentos de los hijos. No obstante, habrá que tener en cuenta que previamente a establecer dicha pensión, debe darse la oportunidad a las partes para que propongan una nueva redacción del convenio de modificación en este particular. Dicho trámite puede efectuarse antes de dictarse la resolución definitiva del procedimiento, o bien, como permite el artículo 777.7 de la LEC, tras dictarse resolución homologando las otras cláusulas del convenio.

Revista de **Derecho de** **familia**

TRIBUNA ABIERTA

La nueva regulación de la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de filiación

MARÍA ROSA GUTIÉRREZ SANZ

Profesora Titular de Derecho Procesal. Área de Derecho Procesal. Facultad de Derecho de Zaragoza

Cuando el legislador de la LEC 1/2000 regula los procesos de filiación, paternidad y maternidad, no hace sino incorporar, con algunas modificaciones, menos de las que la sociedad actual demandaba, los preceptos del CC en los cuales se regulaba la materia.

No obstante, tenemos que reconocer que la nueva regulación que se ha llevado a cabo en el tema de la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de filiación, paternidad y maternidad ha sido, no sólo positiva, sino decisiva para superar la actitud pasiva y, en algunos casos abstencionista, que en estos procesos mantenía el Ministerio Fiscal y que había sido reiteradamente consentida por nuestros tribunales.

La redacción del artículo 3.6 del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal (Ley 50/1981, de 30 de diciembre) donde se decía que al Ministerio Fiscal le corresponde «tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley» permitió dar apoyo a una doctrina jurisprudencial que acuñó una figura híbrida, a la que no se le concedía, en la generalidad de los casos, la categoría de parte, y cuya actuación carecía, en un buen número de supuestos, de trascendencia práctica. De tal forma que incluso el Fiscal podía no incorporarse al proceso hasta que éste se encontrara en segunda instancia sin que ello determinara alteración en la andanza del proceso.

Hasta la promulgación de la LEC 1/2000, el artículo 129 CC establecía que las acciones que correspondieran al hijo menor de edad o incapaz podrían ser ejercitadas indistintamente, por su representante legal o por el Ministerio Fiscal.

Aunque el legislador no se manifestaba de forma expresa, a diferencia de lo que hace el actual artículo 765.1 LEC, esta norma era susceptible de aplicación tanto en los procesos de reclamación como en los de impugnación (incluidas las del artículo 134 CC), según se desprendía de su ubicación sistemática y de la ausencia de una norma que indicara lo contrario.

Como el propio artículo establecía, el Ministerio Fiscal suplía la falta de capacidad procesal del hijo en el caso de que fuera menor de edad, y no pudiera accionar *per se*; así mismo intervenía cuando se trataba de un incapacitado judicialmente e incluso, y aunque el precepto no lo recogiese, cuando estuviéramos ante un *nasciturus*, puesto que, aunque

todavía careciese de personalidad, siendo un efecto favorable el que se determinase la filiación paterna, parecía oportuno que pudiera accionar, bien representado por la madre gestante o bien por el Ministerio Fiscal.

La intervención del Ministerio Fiscal tenía una razón clara: la defensa de los intereses de ese menor o incapacitado cuando éste careciera de representantes legales o cuando los intereses de éstos pudieran contraponerse a los suyos.

El panorama que, al amparo de esta regulación, se planteaba queda perfectamente recogido en la STS de 3 de marzo de 1988 (RJ 1988/1547) donde se distingue la doble forma de actuación que en este tipo de procesos puede desempeñar el Ministerio Fiscal: como parte plena o como parte informante, conocida también como meramente dictaminante o que simplemente evacua audiencias.

Como parte plena el artículo 129 CC instalaba al Ministerio Fiscal en régimen de igualdad con el representante del menor o incapaz, asumiendo dentro del proceso los derechos, deberes y cargas que se revelaban inherentes a dicha situación¹.

La doctrina jurisprudencial, en este punto como en otros², realizó una interpretación propia y, en tal sentido, la STS de 5 de febrero de 1990 (RJ 1990/657) ponía de manifiesto que «... el concepto de parte en el proceso ha ido sufriendo una evolución paulatina por la influencia del principio de legitimación procesal toda vez que si en un principio se entendió el concepto como unívoco, la evolución posterior elaboró el concepto de legitimación procesal indirecta para dar cabida a todos aquellos supuestos en que aun afectando el objeto del proceso a un sujeto determinado, no precisaba constituirse en parte procesal, ya que sus intereses eran titulados mediante la legitimación procesal indirecta. Tal ha sido la doctrina que ha tenido acogida en el artículo 129 del Código Civil, comprendido en el capítulo correspondiente a las acciones de filiación y en la Sección Primera del mismo dedicada a las Disposiciones Generales, al disponer que las acciones que corresponden al hijo menor de edad o incapaz podrán ser ejercitadas indistintamente por su representante legal o por el Ministerio Fiscal, y aun cuando la intervención de éste haya sido criticada por algún sector de la doctrina, razones de índole práctica avalan su intervención **cuando no exista**³ la representación legal o ésta no actuara en el proceso...».

La STS de 18 de diciembre de 1999 (RJ 1999/8981) establecía que «en virtud a lo dispuesto en el artículo 129 las acciones que corresponden a los menores pueden ser ejercitadas, indistintamente, por su representante legal y por el Ministerio Fiscal, también y en la misma calidad deben soportar la carga de ser demandados, en cuanto a los menores, el ordenamiento jurídico, no les concede capacidad de obrar y por consiguiente actuar directamente activa o pasiva en el procedimiento, deben hacerlo por su representante legal, **o en su caso**⁴ por el Ministerio Fiscal».

1. En tal sentido la STS de 6 de febrero de 1991 (RJ 1991/1147) dice que «como previene el artículo 129 del Código Civil, el ejercicio de la acción correspondiente viene atribuida, indistintamente, a su representante legal, que en este caso es la madre demandante, o al Ministerio Fiscal, sin exigencia de intervención en el ejercicio de tal acción del menor a que afecta, al que únicamente, a tenor de lo normado en el párrafo segundo del artículo 137 del Código Civil, le viene atribuida la facultad de impugnar la filiación conferida, cuando como en este caso es menor, dentro del año siguiente de haber alcanzado la mayoría de edad...».

2. GUTIÉRREZ SANZ: «Interpretación jurisprudencial del principio de prueba en los procesos de filiación» en *Revista General de Derecho Procesal*, 1995, pp. 1041 a 1051.

3. La letra negrita la hemos incluido nosotros.

4. La letra negrita la hemos incluido nosotros.

Como puede verse, no obstante la inclusión del adverbio «indistintamente», la doctrina jurisprudencial condicionó la concesión de legitimación como parte plena al Ministerio Fiscal a aquellos supuestos en que se produjera ausencia de representación legal del menor o incapaz, o bien que esa representación tuviera intereses contrapuestos a los del menor o incapaz.

El motivo de esta postura tal vez habría que buscarla tanto en «razones de índole práctica» como dogmática.

El precepto sustantivo, que al igual que en el actual artículo 765.1 LEC, incluía el término «indistintamente», fue objeto de críticas por parte de la doctrina que no apreciaba razones que justificasen que la acción se convirtiera prácticamente en pública, considerando más lógico limitar la intervención del Ministerio Fiscal a aquellos supuestos en que se carece de representante⁵.

Podría además surgir un problema práctico en el ejercicio «indistinto» de esa acción porque, dado que nada establece el texto en contra, ambos podrían ejercitar la acción del menor o el incapacitado a la vez, siendo entonces concurrentes.

Asimismo aparecía en el panorama anterior a la LEC 1/2000, una segunda forma de actuación del Ministerio Fiscal dentro del proceso, y era la de simple informante, dictaminador y garante del interés público, sin que tuviera la consideración de verdadera parte procesal⁶.

Esta posición tomó como base la más arraigada tradición jurídica española y la ambigua redacción del artículo 3.6 de Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal.

La STS de 3 de marzo de 1988 (RJ 1988, 1547) ahondaba en este carácter al afirmar que «inspirado en las ideas francesas de la época, comienza a perfilarse en el Reglamento de 26 de septiembre de 1835, señalándose como defensor de la causa pública (artículo 101) y delimitando sus funciones y actuaciones de modo negativo (“no se mezclará en los negocios civiles que sólo interesan a personas particulares”). Posteriormente, en el Reglamento del Tribunal Supremo de 17 de octubre de 1835 insiste en que, tratándose de negocios civiles “no se le oirá sino cuando interesen a la causa pública” (artículo 40) y las Ordenanzas de las Audiencias de 19 de diciembre de 1835, reiteran los mismos conceptos, quedando perfectamente delimitados los de Ministerio Fiscal como parte o simplemente dictaminante, distinción que empieza a perderse un tanto con la publicación del Reglamento de los Juzgados de Primera Instancia de 1.º de mayo de 1844 (NDL 28783, nota artículo 184) y cuyo criterio es seguido por el texto de la Ley Orgánica del Poder Judicial de 15 de septiembre de 1870 (NDL 18504) (artículo 838).

Finalmente, por su vinculación o no con el derecho material y objetivo, el Estatuto del Ministerio Fiscal de 21 de junio de 1926 (NDL 20454) ya parece apuntar la distinción expresa a la fundamental de posturas del Ministerio Fiscal, según ejercite acciones o se oponga a ellas y aquellos otros en que debe ser oído, y que, por mor del artículo 3 de la Ley 50/1981, de 30 de diciembre (RCL 1982\66 y ApNDL 1975-85, 9435), del Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal, se deduce en la actualidad, teniendo como una de sus misiones la de tomar parte, en defensa de la legalidad y del interés público o social, en los procesos relativos al estado civil y en los demás que establezca la ley, predominando así su carácter de

5. Cfr. DE LA CÁMARA ÁLVAREZ, en *Comentarios del CC y Compilaciones Forales* (dir. ALBADALEJO), EDERSA, 1984, p. 560.

6. En tal sentido se ha pronunciado la Sala Primera del TS en las SSTs de 21 de diciembre de 1989 (RJ 1989/8857), 3 de marzo 1988 (RJ 1988/1547) y 12 de diciembre de 1997 (RJ 1997/8757).

dictaminador o interviniente en el proceso y ni como propia parte, dada su desvinculación con el derecho material y no afectarle la relación jurídica privada que en el proceso se debate, pero sí la legalidad del Ordenamiento jurídico.

Conforme a cuanto se ha expuesto, es obvio que la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos sobre filiación es la de simple informante, dictaminador y garante del interés público, pero no la de una verdadera parte procesal con los mismos deberes y cargas que afectan a éstos...

En sentido similar la STS de 12 de febrero de 2001 (RJ 2001/851) señala que «... la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos de filiación es la de un simple dictaminador, informante, garante sí del interés público, pero no la de una verdadera parte procesal con los mismos deberes y cargas que afectan a éstas...»

Derivada de esta concepción, la incomparecencia del Ministerio Fiscal en el proceso a lo largo de la primera instancia no producía nulidad de actuaciones ni indefensión de las partes, entendiéndose que su incorporación en alzada subsanaba la omisión producida⁷.

En tal sentido la STS 2001/851 declara que «... El primer motivo aduce que la actuación procesal definitivamente omitida del Ministerio Fiscal, como de la olvidada, pero luego cumplimentada, resulta una actuación anómala e irregular en unos casos y generadora de indefensión, lo cual motiva la petición de nulidad de actuaciones. Concluye el largo desarrollo del motivo, en que lo que se recurre no es que el Ministerio Fiscal, habiendo advertido de oficio su falta o su no intervención en primera instancia en determinadas diligencias procesales, las pueda subsanar en el *iter* procesal de segunda instancia y con antelación a la vista, sino que es de procedencia en derecho que pueda subsanarlos en el acto de la vista y en el acto del informe oral, considerando la recurrente que no debe vulnerar garantías procesales».

Con similar interpretación en la STS de 26 de julio de 2001 (RJ 2001/7063) «Se alega quebrantamiento de las formas del juicio, al amparo del número tercero del artículo procesal 1692 (motivo segundo), en cuanto a que el proceso se tramitó sin la intervención del Ministerio Fiscal. El recurrente ninguna denuncia practicó en tal sentido en la primera instancia. La jurisprudencia de esta Sala de Casación Civil ha decidido que la intervención del Ministerio Público en este recurso viene a subsanar su falta de comparecencia en las instancias, convalidándose las actuaciones anteriores, y no se produce por ello nulidad de actuaciones ni se crea indefensión a la parte que recurre».

Tres años después de la entrada en vigor de la LEC 1/2000 cabe plantearse si la nueva regulación ha tenido reflejo práctico en el foro y si ha servido para atajar los males antes apuntados.

Desde luego no es posible, ni siquiera deseable, una referencia general a la presencia del Ministerio Fiscal en los procesos civiles, sino que su intervención como parte debe hallarse limitada a aquellos supuestos en que la sociedad se ve afectada por la sentencia. Se reputa necesario concretar los supuestos de intervención del Ministerio Fiscal si no se quiere desembocar en una intervención de carácter general e indiscriminada del Fiscal. Es preciso alejarse de regulaciones genéricas que desplacen hacia el Fiscal la decisión de su

7. SSTS de 18 de junio de 2001 (RJ 2001/4343), de 2 de enero, 6 de febrero (RJ 1991, 1147), y 10 de octubre de 1991 (RJ 1991, 6908), 9 de julio de 1992, (RJ 1992, 6273), 17 de marzo de 1993 (RJ 1993, 2016) y 15 de diciembre de 1999 (RJ 1999, 8230), entre otras.

intervención o abstención⁸. Cuando la ley legitima al Ministerio Fiscal lo hace por estimar que existe un interés público en juego que hay que tutelar⁹.

Como afirma la Circular de la Fiscalía General del Estado núm. 1/2001, de 5 de abril, sobre la intervención del Ministerio Fiscal en los procesos civiles de la LEC 1/2000, se trata de procesos en cuyo objeto subyace un interés público que trasciende de los derechos o intereses privados en conflicto al afectar al estado civil de los litigantes. Tan trascendente afirmación es la que justifica la intervención del Fiscal, que de forma preceptiva, establece el artículo 749.1 LEC al disponer que en los procesos «de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes».

El Fiscal, cuya actuación estará dirigida a la defensa de la legalidad y del interés público conforme a los artículos 124 de la Constitución y 3.6 del EOMF, no deberá, en modo alguno, soslayar la salvaguarda de otros valores y derechos constitucionales como son los de asegurar la protección integral de los hijos y garantizar la asistencia de todo orden a los hijos habidos dentro o fuera del matrimonio, que consagran los apartados 2 y 3 del artículo 39 de la Constitución, así como los derechos a la dignidad de la persona y al libre desarrollo de la personalidad del artículo 10.1 del texto constitucional en cuyo ámbito cabe incluir el derecho a conocer la propia filiación biológica.

El respeto y protección de tales valores y derechos deberán presidir sus intervenciones. Es precisamente ese interés público que se ha mencionado, el que fundamenta las especialidades procesales que singularizan estos procesos, alguna de las cuales son comunes a los procedimientos sobre la capacidad de las personas, matrimoniales y de menores.

Efectivamente los principios a los cuales debe ajustarse el Ministerio Fiscal en su modo de actuar vienen descritos en la Constitución en su artículo 124.2 «... conforme a los principios de unidad de actuación y dependencia jerárquica y con sujeción en todo caso, a los de legalidad e imparcialidad»¹⁰. Advertimos que, según el tenor literal de tal precepto, el legislador destaca los principios de legalidad e imparcialidad y los apostilla con esa expresión «en todo caso». Como algún autor¹¹ ha indicado ello puede deberse a que la unidad de la actuación y la dependencia jerárquica cumplen la misión de hacer efectivos los principios de legalidad y de imparcialidad que son auténticos fines, mientras que aquéllos son simples instrumentos. Para una parte de la doctrina¹², la imparcialidad es un complemento ineludible de la legalidad puesto que, en la medida en que al Fiscal le interesa la correcta aplicación de las leyes, no puede ser portador de un interés subjetivo distinto del fin pretendido.

Siendo así, parece difícil encuadrar la figura del Fiscal como parte en los procesos de filiación antes descritos. Para algún autor¹³ en estos casos el Fiscal debería proveer al menor o incapacitado de una adecuada representación y defensa, no representar y defender por sí mismo, porque al hacerlo no sólo contradice su propia naturaleza sino que también, pone

8. CALVO SÁNCHEZ: «Hacia una nueva configuración del Ministerio Fiscal en el futuro modelo de enjuiciamiento civil», en *Revista La Ley*, 1992-2, p. 1151.

9. MONTERO AROCA (y GÓMEZ COLOMER, ORTELLS RAMOS, MONTÓN REDONDO): *Derecho Jurisdiccional*, vol. II.1.º, Boch, Barcelona, 1991, p. 83.

10. Tal idea sería luego recogida por el Estatuto Orgánico del Ministerio Fiscal. Ley 50/1981, de 30 de diciembre, en su artículo 2.1.

11. RUIZ VADILLO: «Filiación, patria potestad y proceso en la Ley de 13 de mayo de 1981», en *Revista Justicia*, 82, II, p. 18.

12. En tal sentido SERRA DOMÍNGUEZ: «Ministerio Fiscal» en *Nueva Enciclopedia Jurídica Seix* XVI, Barcelona, 1978, p. 414.

13. RUIZ VADILLO: «Filiación...», cit., p. 18.

en peligro los intereses de su representado pues, el Fiscal actúa siempre conforme a unos principios distintos a los que presiden el comportamiento de los abogados.

Como CARNELUTTI¹⁴ dijo, «El Ministerio Fiscal ... es un ser ambiguo entre la parte y el juez; obra como aquella pero está hecho como éste».

En su actuación procesal, el Ministerio Fiscal ostentará la representación y la defensa conjuntamente, por lo cual creemos muy acertada la opinión mantenida por PÉREZ GORDO¹⁵ cuando dice que en el proceso civil el Ministerio Fiscal no puede ser, si quiere cumplir fielmente su misión, totalmente imparcial, sobre todo en aquellos casos, como el que nos ocupa, en que el legislador le erija en representante de menores de edad o incapaces. Como sostiene PRIETO CASTRO¹⁶, el Fiscal debe actuar no con el propósito de una legalidad objetiva, sino según los criterios de parte, dado que es portadora de un interés semejante al que mueve a los particulares. Por tanto, cuando el Ministerio Fiscal actúa en este tipo de procesos, no puede ser una parte imparcial, ya que ello dogmática y prácticamente sería contrario a su actuación obligada como el más celoso defensor. El hecho de que el Ministerio Fiscal tenga un interés subjetivo en el caso concreto no está opuesto a su afán de que la ley se aplique de forma correcta. En tal sentido, el Ministerio Fiscal actúa como parte plena actora o demandada, no como accesoria ni secundaria¹⁷.

Éste es el criterio que viene a refrendar el artículo 749.1 LEC cuando afirma que en los procesos sobre incapacitación, en los de nulidad matrimonial y en los de determinación e impugnación de la filiación será siempre parte el Ministerio Fiscal, aunque no haya sido promotor de los mismos ni deba, conforme a la Ley, asumir la defensa de alguna de las partes, a diferencia de lo previsto en el párrafo segundo donde se establece que en los demás procesos a que se refiere este Título será preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal, siempre que alguno de los interesados en el procedimiento sea menor, incapacitado o esté en situación de ausencia legal.

En la LEC 1/2000, el novedoso tratamiento otorgado al Fiscal arranca de su inclusión en el artículo 6 como sujeto al que se le reconoce capacidad para ser parte.

El precepto puede crear una cierta perplejidad si consideramos que nos encontramos ante un órgano entre cuyas obligaciones se halla la de intervenir en aquellos procesos que la ley determine. No obstante, tal vez lo que el legislador quiere dejar claro es que el Ministerio Fiscal debe actuar como una verdadera parte procesal y no asumiendo otro papel de los que se le han venido otorgando (simple informante, dictaminador y garante del interés público) y que no eran, en muchos casos, sino formas de apartarle de lo que sería una intervención activa dentro del proceso.

Este precepto, junto con lo establecido en el artículo 749.1, deja sentado un panorama radicalmente distinto al creado por la Ley 11/1981, de 13 de mayo, en materia de paternidad y filiación. El Fiscal pasa a ser siempre parte en el proceso, ya sea como demandante (en aquellos casos en que actúe como promotor o como representante del menor o incapaz que carezca de dicho representante o bien que éste tenga intereses contrapuestos a los suyos), o ya sea como demandado en el resto de los casos.

14. CARNELUTTI: *Sistema de Derecho Procesal Civil*, tomo II, Buenos Aires, 1944, pp. 50 y ss.

15. PÉREZ GORDO: *Estudios de Derecho Procesal*, Pórtico, Zaragoza, 1981, p. 128.

16. PRIETO CASTRO: «Construcción dogmática del Ministerio Fiscal en el orden civil» en *Trabajos y Orientaciones de Derecho Procesal*, Ed. Revista de Derecho Privado, Madrid, 1964, pp. 9 a 12.

17. TOME PAULE: «Los procesos de filiación en novísimo Derecho Español», en *Revista Poder Judicial*, 82, marzo, p. 76.

Hasta ahora, puesto que el Ministerio Fiscal no era considerado como auténtica parte procesal, dada su desvinculación con el derecho material y por no afectarle directamente la relación jurídico-privada que en el proceso se debatía, su no comparecencia en primera instancia podía subsanarse en alzada en aras además del principio de conservación de los actos procesales.

Desaparecida esta consideración, a tenor de la literalidad del artículo 749 de la LEC, los defectos de falta de notificación y emplazamiento que se sufran en primera instancia no podrán ser en ningún caso subsanados en alzada¹⁸.

Cuando el demandante no es el Ministerio Fiscal, éste deberá ser demandado, integrándose así en un litisconsorcio pasivo necesario. Si el actor no dirigiera contra el Ministerio Fiscal la demanda cabrían dos soluciones.

En primer lugar, y al amparo del artículo 231 LEC, el juez podría instar al actor para que subsanara el defecto, incluyendo en la demanda al Ministerio Fiscal y aportando, lógicamente, copia del escrito y de cuantos documentos se hayan presentado, para que se dé traslado al Ministerio Fiscal¹⁹.

En segundo lugar, puesto que por imperio de la ley, artículo 749, el Fiscal ha de ser parte, el juez de oficio tendría que notificarle y emplazarle. Como pone de relieve la STS de 11 de febrero de 1997 (RJ 1997\941) referido a los procedimientos en que se solicita la protección de los derechos fundamentales al honor, intimidad y propia imagen «... El motivo plantea una cuestión de orden público, como son las relativas al cumplimiento de las normas legales de procedimiento, que ha de ser examinada de oficio por esta Sala.

Sobre la susodicha cuestión se ha pronunciado ya esta Sala en sus Sentencias de 2 enero 1991 y 9 julio 1992 (RJ 1992\6273), y con argumentos que se dan íntegramente por reproducidos, ha entendido que el Ministerio Fiscal es parte interviniente en procesos sobre protección de derechos fundamentales que se sigan por la vía del juicio declarativo de menor cuantía...»

Cabría no obstante que la omisión en la demanda no fuera subsanada de oficio por el juez, en este caso y en contra de la doctrina jurisprudencial evacuada al amparo de la antigua normativa nos encontraríamos no ante una irregularidad subsanable por las partes, sino ante motivo suficiente para pedir la nulidad de actuaciones.

La constitución irregular de la litis habría creado indefensión en la parte. No olvidemos que ahora nos encontramos ante un Ministerio Fiscal parte y que por tanto podrá alegar, proponer prueba, solicitar medidas cautelares.

No obstante, como reiteradamente ha manifestado nuestro Tribunal Constitucional, la indefensión no nace de la sola y simple infracción por los órganos jurisdiccionales de las reglas procesales, pues el quebrantamiento de esa legalidad no provoca en todos los casos, la eliminación o disminución sustancial de los derechos que corresponden a las partes en

18. En idéntico sentido es orientadora la STS de 15 de diciembre de 1999 (RJ 1999/8230): «... Se argumenta haber sufrido indefensión y procede decretar la nulidad de actuaciones, toda vez que el Ministerio Fiscal no fue parte en el proceso seguido en la primera instancia. Efectivamente la Providencia del Juzgado de 14 de enero de 1992 acordó emplazar en el pleito al Fiscal, pero no se practicó la correspondiente actuación procesal de efectivo emplazamiento, siguiéndose el pleito sin su intervención hasta el punto de que no le fue notificada la Sentencia que se dictó.

Fue en apelación cuando la Sala por Providencia de 22 de abril de 1993 acordó pasar las actuaciones al Ministerio Público, el que informó en el sentido de considerar subsanados los defectos de falta de notificación y emplazamiento sufridos por la causa en primera instancia y se considera instruido de la misma».

19. Ésta es la solución adoptada en algunos juzgados.

razón de su posición propia en el procedimiento ni, en consecuencia, la indefensión que la Constitución proscribe.

Ahora bien, en Sentencia de Audiencia la Provincial de Madrid de 2 octubre 2001 (JUR 2002\10905), referido a un procedimiento sobre protección de los derechos fundamentales al honor, intimidad y propia imagen, en el cual es preceptiva la intervención del Ministerio Fiscal (artículo 249.1.2 LEC) «... Antes de entrar en el análisis de las cuestiones esbozadas, es preciso referirnos a la incidencia acaecida en el propio acto de la vista cuando, al haber observado el Tribunal que el presente procedimiento se ha llevado a cabo sin la intervención del Ministerio Fiscal, preceptiva ante el ejercicio de una acción de protección de derechos fundamentales, y no formularse alegación alguna por las partes sobre esta circunstancia, se puso la misma de manifiesto a los comparecientes, a efectos del artículo 340 de la Ley Orgánica del Poder Judicial (RCL 1985, 1578, 23635 y ApNDL 8375), acordándose, como diligencia para mejor proveer, dar traslado de las actuaciones al Ministerio Público quien, tras poner de manifiesto su condición de parte necesaria en este tipo de procedimientos, tal y como establecía la normativa aplicable al caso (artículo 12.3 de la Ley 62/1978,), y ratifica la norma procesal hoy vigente [artículo 249.1.2 de la actual Ley de Enjuiciamiento Civil (RCL 2000, 34, 962; RCL 2001, 1892)], apuntó que su ausencia era causa bastante para poder decretar la nulidad de actuaciones, con base en el artículo 238.3 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, pese a lo cual y tras indicar que es a dicho Ministerio Fiscal a quien le corresponde solicitar la nulidad de aquellas actuaciones que le hayan producido indefensión, en aras a evitar demoras en el procedimiento, interesó que se tuvieran por subsanados todos los defectos procesales derivados como consecuencia de no haber sido traído al proceso, se le tenga por parte en el procedimiento y refiriéndose exclusivamente al extremo de la intromisión ilegítima en el derecho al honor, se le tenga por adherido al recurso de apelación, al no estar conforme con la sentencia dictada en la primera instancia, instando su revocación, debiéndose dictar otra por la que se declare que no ha existido ataque al honor, ya que los hechos en que se funda no han tenido la divulgación necesaria, requisito indispensable para que dicha intromisión se produzca. Dándose el oportuno traslado a las partes de referidas pretensiones, este trámite sólo fue evacuado por la parte apelada, quien estando conforme con la convalidación del procedimiento, se opuso a la adhesión a la apelación, argumentando cuanto tuvo por conveniente al efecto...»

Así mismo en Sentencia del Tribunal Supremo núm. 645/2000, de 27 de junio (RJ 2000\5908) «... hay que hacer resaltar que sólo la impericia del juzgador *a quo*, –algo que se arguyó sin éxito ante la Audiencia–, es la causa de esta indefensión evidente, pues, a pesar del aforismo *iura novit curia*, en el F. 2.º, del escrito de demanda, se resaltaba que el Ministerio Fiscal debía ser parte en el procedimiento; y continúa alegando que, de todos es sabido que tal actuación del fiscal la doctrina entiende que puede y debe realizarla en el momento de contestar la demanda, admitiéndose en la práctica su subsanación mediante emisión de informe en nota instruida para la vista –si se solicita– a raíz de la prueba practicada. La peculiaridad del presente caso primero planteado ante los Tribunales de Madrid, hubiera permitido considerar aceptable que se instruyera activamente y consecuentemente emitiese el ministerio público su informe precisamente, en nota previa a Sentencia, cuyo control quedaba fuera de las posibilidades de la parte actora, quien al dictarse la Sentencia no le queda más remedio que exponer a viva voz tal queja en la vista pública de Apelación, aduciendo asimismo, que es innecesario decir que el Ministerio Fiscal es un interviniente en el proceso bajo figura que la doctrina califica como *amicus curiae* necesariamente imparcial,

lo que le llevará a ilustrar al órgano jurisdiccional acerca del apoyo legal que posean las pretensiones de las partes, interesando una Sentencia acorde con la Constitución y su legislación de desarrollo.

Suprimiendo tal intervención que previene el legislador en desarrollo de la Constitución se produce una clara indefensión pues el legislador ha querido que tanto la magistratura propiamente dicha como la “magistratura postulante” que implica el Ministerio Fiscal actúen en el procedimiento para asegurar una defensa correcta, y privar de ésta al actor vulnera sus derechos constitucionales de manera obvia; El Motivo no se acepta, –como tampoco se comparte sus subrayados añadidos de que “acusar a un abogado de romper un compromiso es lo mismo que decir que un Juez actúa injustamente”, pues, transcrita equivalencia entre ambos profesionales del Derecho, es, cuando menos, según su contexto, bien singular–, ni por tanto, se declara la postulada nulidad de las actuaciones, ya que consta en Autos, en especial, en el Rollo de la Sala, que el Ministerio Fiscal fue tenido por parte en la Apelación, no sólo porque así lo aprecia la recurrida, sino, porque en sus trámites previos, consta: Por Providencia de 15 de diciembre de 1993 –folio 8 rollo– aparece la constancia de tenerle por parte; el propio Fiscal afirma que se instruye de los autos en su informe de 13 de enero de 1994, y en la propia Vista de la Apelación interviene según diligencia de 22 de mayo de 1995; es claro, pues, que la presencia del Ministerio Fiscal, en el proceso según lo así constatado, elimina cualquier omisión padecida en la instancia primera, y, desde luego, implica la carencia de indefensión alguna para el hoy recurrente».

Desde luego, cuando el legislador redacta el artículo 749 de la LEC creemos que no está reiterando el concepto un tanto amplio y ambiguo que del «Ministerio Fiscal como parte» se ha venido teniendo, tal y como queda reflejado en la doctrina jurisprudencial, sino que está acercando su concepción a la que el Ministerio Fiscal tiene en los procedimientos en que se solicita la protección de los derechos fundamentales al honor, intimidad y propia imagen. Puede que no obstante, la práctica en nuestros tribunales siga siendo la de considerar que el Ministerio Fiscal no es parte equiparable al actor o demandado dentro del proceso en un número importante de casos, y que su ausencia, no creando indefensión, no debe ser causa automática de nulidad de actuaciones, sino que se debe estar al caso concreto para determinar cuándo debe solicitarse la nulidad y cuándo la subsanación. Tal tendencia está, sin duda, en consonancia con el espíritu de conservación de actuaciones, y subsanador, que impregna la LEC, pero, se aparta de la nueva regulación de la intervención del Fiscal en los procesos de filiación.

Cambio de guarda y custodia

El Síndrome de Alienación Parental. Aspectos prácticos

MERCEDES DE LOS RÍOS GONZÁLEZ

Abogada de Familia

Los sistemas de comunicación y estancia de los menores con el progenitor no custodio no funcionan en la práctica de forma satisfactoria para los hijos. Nuestra regulación legal hace «culpable» de la ruptura de la relación familiar a uno de los progenitores al que se le priva de ver y tener en su compañía a sus hijos, produciéndose en los menores grandes carencias afectivas al verse privados de uno de sus padres.

El Principio Fundamental de Interés de los hijos implica que para los menores el mejor progenitor son ambos padres. Sin embargo, con frecuencia, cada vez es más usual asistir por los profesionales del derecho, sobre todo, en las rupturas familiares muy conflictivas a un fenómeno de manipulación sobre los hijos con la finalidad de lograr que los mismos adopten una serie de roles que van a desencadenar en un proceso doloroso y de manipulación que es fomentado por el progenitor al que se le ha otorgado la guarda y custodia en detrimento del otro progenitor al que hace culpable de toda la situación.

El primero en dar nombre al Síndrome de Alienación Parental fue el psiquiatra Richard Gardner, consistiendo el proceso en programar un hijo para que odie a uno de sus padres sin que tenga justificación siendo uno de los progenitores el que intenta demostrar que el otro es un mal padre.

Este síndrome también ha sido denominado, por algunos expertos, «el de la madre maliciosa», debido a que normalmente es ella la que tiene otorgada la guarda y custodia.

Las primeras manifestaciones del síndrome se corresponden con el ejercicio de las visitas iniciales, el progenitor custodio traslada a sus hijos sus inquietudes a través de señales como «llámame en cuanto llegues», «si tienes miedo no te vayas». Siempre, por lo tanto, el progenitor que aliena tiene atribuida la guarda y custodia. Habría que plantearse, siguiendo a Gardner, ¿Cuáles son los motivos de su proceder?

- Personas que son superprotectoras.
- Celos.
- Venganza por la separación.
- No se soporta el ser el abandonado.
- Inseguridad personal.
- Intento de trasladar toda la culpabilidad al otro cónyuge.

Por lo tanto se puede concluir que el progenitor alienador es una persona con problemas de adaptación y que, incluso, puede presentar una disfunción.

¿Qué consecuencias se dan en los hijos?

- Ruptura del lazo afectivo entre los hijos y el progenitor no custodio.
- Imposibilidad de un ejercicio normalizado del régimen de visitas. Los hijos van a rechazar el mismo, con comportamientos, en algunos supuestos extremos, de auténticos ataques de ansiedad y desarrollo de conductas fóbicas.
- La expresión de algún afecto al progenitor no custodio supone que el alienador se sienta víctima situando a los hijos ante un auténtico conflictos de lealtades.
- Los niños que son objeto de un síndrome de alienación parental sufrirán trastornos psicológicos en el futuro que pueden ser graves.
- El llamado síndrome de alienación parental constituye una forma de maltrato emocional.

Actualmente, los profesionales del derecho de familia estamos asistiendo a que se está recurriendo de forma continua a los juzgados y que sean, incluso, los menores traídos a juicio para testificar en denuncias que carecen de fundamento alguno pero que sirven para que se multiplique el cruce de acusaciones y como consecuencia para deteriorar, aun más las relaciones familiares y también para dar a los menores un arma arrojadiza convirtiéndose, a su vez, en manipuladores sobre todo cuando las decisiones judiciales van a depender en gran medida de la voluntad de los hijos.

En todos estos casos lo más conveniente sería acudir a un proceso previo de Mediación familiar teniendo que evaluarse si existe o no algún tipo de patología en alguno de los miembros de la familia, y a partir, de ahí, comenzar el proceso de mediación. Normalmente, en la práctica, el progenitor alienador, se muestra colaborador ya que parte de la premisa de que al ser el culpable el otro de todo el conflicto no tiene nada que ocultar, sin embargo, las experiencias llevadas a cabo han servido para acreditar que el progenitor alienador se siente acorralado y se aparta de la mediación al quedar en descubierto su juego de manipulación. Si la mediación falla no queda otro remedio que acudir a los tribunales.

¿Cómo puede el órgano judicial saber que está en presencia de un síndrome de alienación parental?

– La primera señal de aviso lo constituye el incumplimiento de visitas ya que el alienador no respeta el régimen de comunicación y estancia de los menores pero lo hace de forma muy sutil, alegando que no pone ningún tipo de obstáculos para que se relacione con el otro progenitor, adoptando un comportamiento agresivo-pasivo, es decir, no facilita, no promueve el ejercicio de las mismas incumpliendo la obligación más fundamental que tiene como padre o como madre la que consiste en fomentar y estimular que las relaciones sean armoniosas. Lo que, realmente hace, el alienador, es utilizar el poder que le viene conferido por la guarda y custodia, llevando a cabo un ejercicio irresponsable del mismo, en contra del interés de sus hijos y quien actúa así cree erróneamente y se excusa en que son sus hijos los que no quieren ver al otro progenitor.

– El progenitor alienador es una persona que ante todo quiere tener el control de sus hijos y sobre ellos proyecta todas sus frustraciones, llegando, incluso, los menores a asumir todos los conflictos del adulto y reproducen ante el otro todos los reproches acusándolo de abandonarlos, de no pasarles la pensión alimenticia, etc.

– A los menores les llega todo tipo de información de contenido jurídico y el estado en el que se encuentran las distintas vías judiciales abiertas entre las partes.

– El progenitor alienador suele ser una persona muy convincente ya que cree que sus planteamientos son los más adecuados extendiéndose dicho convencimiento hasta su propia familia extensa (abuelos, primos, etc.), amigos, profesores, hasta el propio abogado.

– Existencia en los menores de crisis de ansiedad ante la presencia del otro progenitor, reacciones psicósomáticas, son algunos de los comportamientos inducidos por el alienador.

El síndrome de alienación tarda mucho en instalarse en los menores siendo necesario un largo período de tiempo para su incubación. En todos los manuales de psicología lo primero que se hace es sacar y apartar a los menores del alienador para que deje de influenciarlos. Lo que habría que plantearse es si estamos ante un maltrato emocional y si puede servir de base para que se produzca un cambio en la guarda y custodia. La respuesta ha de ser afirmativa ya que el ejercicio de la guarda y custodia ha de ser ante todo un ejercicio responsable y no puede ser considerado así el que no sólo sitúa a sus hijos ante un conflicto de lealtades sino el que actúa contra el interés de sus hijos alterando su estabilidad emocional, causándoles perjuicios que pueden tener repercusión en su propia salud tanto física como mental.

Y todo ello ha de hacerse partiéndose del principio básico reconocido en el artículo 39 de la Constitución Española, en la Declaración de los Derechos del Niño, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas de 20 de noviembre de 1989, en numerosos preceptos recogidos en nuestro Código Civil, y en la Ley Orgánica 1/1996, de 15 de enero, de Protección Jurídica del Menor, de la necesaria protección del derecho del que son titulares los menores a su propio desarrollo, educación y formación, lo que se traduce en la materia que nos ocupa, en sede de relaciones paternofiliales, en que el conflicto surgido acerca de todos los factores que deben aconsejar un cambio en la guarda y custodia deba resolverse por prescripción legal, jurisprudencial y justas razones atendiendo primordialmente al interés del menor. La alteración sustancial en las circunstancias resulta más que acreditada cuando se está en presencia de un síndrome de alienación parental, en aras de la estabilidad de los menores y la falta de idoneidad del custodio para seguir ejerciéndola.

Nuestra más reciente jurisprudencia ya menciona el síndrome de alienación parental como motivo para modificar la guarda y custodia:

– **AP Álava, Sec. 4.^a, Auto de 1 de febrero de 2002.** «Modificación de la guarda y custodia al considerar el tribunal plenamente justificado la actitud obstruccionista de la madre en relación al cumplimiento del régimen de visitas establecido a favor del padre, lo que implica un incumplimiento y desatención de las obligaciones relativas a la patria potestad».

– **AP Zaragoza, Sec. 4.^a, Sentencia de 24 de mayo de 2004.** «Cambio de guarda y custodia a favor del padre al presentar la madre un trastorno que le lleva a manipular a su hija para que sienta rechazo hacia la figura del padre».

– **AP Madrid, Sec. 22.^a, Sentencia de 5 de julio de 1999.** «Atribución de la guarda y custodia al padre en base a que éste se encargará de facilitar una mayor y más normalizada relación con los progenitores al presentar un mayor equilibrio psicológico».

– **AP Murcia, Sec. 1.^a, Sentencia de 23 de abril de 2002.** «Atribución de la guarda y custodia al padre con la finalidad de garantizar la relación de los menores con ambos progenitores, ya que si permanece con la madre persistirá el malestar del menor que se traduce en ansiedad, agresividad e inquietud».

– **AP Valencia, Sec. 10.^a, Sentencia de 17 de junio de 2003.** «Cambio de custodia a favor del padre. Al haberse acreditado que el clima familiar paterno es más distendido que el materno y ha propiciado que la menor no considere mutuamente excluyentes las relaciones con ambos progenitores».

– **AP Córdoba, Sec. 2.^a, Sentencia de 20 de marzo de 2003.** «Aun cuando pueda hacerse responsable a la madre de promover la animadversión de las hijas frente al padre, dicho rechazo es el llamado síndrome de alienación parental que se traduce cuando hay una interferencia grave del progenitor conviviente con el fin de indisponer al menor contra el otro progenitor de manera que se programa al menor para que odie al progenitor no conviviente».

De las sentencias estudiadas se desprende que el órgano judicial opta por el cambio en la guarda y custodia en todos los supuestos, por lo tanto, opta por la vía de apartar al hijo del foco de alienación. Sin embargo, habría que plantearse cuál es el verdadero origen de toda esta situación, es decir, si en la práctica se podrían llegar a evitar o prevenir todos estos casos a partir de una modificación en los sistemas que desde hace veinte años se están llevando a cabo, es decir, plantearnos si realmente la forma en la que los menores se relacionan con sus progenitores es la adecuada para su desarrollo integral o para su estabilidad. Actualmente, entendemos que el sistema es rechazable al excluir de la vida de los hijos a uno de los progenitores concentrando todo el poder en manos de un único detentador, el custodio.

La solución habría de venir por instaurar de una vez por todas la tan esperada guarda y custodia compartida, en aquellos casos en que se den los requisitos apropiados para esta opción y, en aquellos que no, estudiar la posibilidad de intervención con los padres previo a optar por la custodia compartida. Este paréntesis de intervención especializada en terapias de familia y a veces considerada como una dilación en el procedimiento debe entenderse como necesaria y encaminada a invertir en estabilidad con miras a soluciones actuales pero especialmente a medio o largo plazo que todos los miembros de la familia necesitan ya que es lo único que les va a proporcionar equilibrio emocional y garantía para el desarrollo emocional de los niños. La custodia compartida lo que no tiene que significar, como mal entienden algunos, la alternancia de domicilios o la equidad en el tiempo que comparten los hijos con sus padres sino en el derecho que corresponden a los hijos de ser educados y atendidos en todos los factores de su vida por ambos padres y en la obligación y responsabilidad que tienen ambos padres de ejercer su rol parental. Por estas razones la custodia compartida es especial para cada familia en la forma de ser llevada a cabo y tiene que adaptarse como un traje a medida a las circunstancias de la misma. No existe forma tipo de ejecutar la guarda y custodia compartida sino tantas formas como familias al no poder extrapolarse como una plantilla una fórmula buena para una determinada familia a otra. Por ello la filosofía de la custodia compartida pone más énfasis en las personas que componen el grupo familiar, atendiendo a sus intereses, necesidades, disponibilidad, peculiaridades y habrá que dedicarle el tiempo necesario para ajustar todas las necesidades e intereses de cada miembro con objeto de que puedan manejarse en el futuro con el nuevo de relación.

En aquellos casos en que los progenitores no cumplan los criterios apropiados para una custodia compartida de forma inicial deberán buscar asesoramiento de profesionales especialistas para que ellos puedan acordar cómo llevarán a cabo su custodia compartida.

Merece especial atención la siguiente Sentencia, de 15 de octubre de 2004, dictada por el Juzgado de Primera Instancia e Instrucción núm. Tres de Antequera, en un procedimiento de Separación Contenciosa, en su Fundamento de Derecho Quinto se recoge lo siguiente:

«Respecto a la hija menor, la perito deja claro a este Juzgador tras la exploración llevada a cabo, que siente igual cariño por ambos progenitores y que su edad, la necesidad de continuidad en el hogar familiar, la necesaria estabilidad que aporta a la menor, aconseja que la guarda y custodia sea atribuida a la madre y que se fije un régimen de visitas amplio para el padre incluyendo la pernocta. También aclaró la perito que ello resultaría aconsejable para evitar que la menor pudiese desarrollar comportamientos similares a los de su hermano.

En esta materia rige el superior interés de los menores, cuestión de orden público, que justifica que pueda determinarse por este Juzgador el régimen adecuado. Es por ello que se considera procedente la atribución de la guarda y custodia de la menor a la madre.»

En el Fundamento de Derecho Sexto se recoge lo siguiente: “En relación con la guarda y custodia del menor se parte del citado informe pericial y de las dos exploraciones llevadas a cabo por este Juzgador al menor. De las exploraciones se extraen varias conclusiones. En primer lugar, las versiones del menor en una y otra fueron totalmente dispares, lo cual llega a concluir que su testimonio no es válido para valorar cuál es la voluntad y deseo en relación con los padres. En segundo lugar, esta absoluta disparidad en la versión de los hechos, contra el padre en la primera y a favor de éste y contra la madre en la segunda, lleva a concluir que el menor está utilizando la situación existente entre los padres, para conseguir aquello que quiere, haciendo manifestaciones contra uno u otro, según las circunstancias, utilizando para ello medios legales como las denuncias que constan en autos. En tercer lugar cabe concluir que la situación no sólo de ruptura del matrimonio, sino de enfrentamiento entre los padres, les está afectando muy negativamente en su educación y desarrollo.

El menor usa la situación y sabiendo que el peor castigo que le pude aplicar a la madre es marcharse con el padre.

Asimismo la perito expuso las razones que le llevan a estimar que en el menor existe el denominado “síndrome de alienación parental” con rechazo a la figura del padre, provocado por el entorno familiar materno. El propio menor lo dejaba entrever en la segunda exploración, aun cuando sus manifestaciones no tengan valor acreditativo más allá de tenerlas en cuenta globalmente y siempre en relación con el informe pericial. Es muestra de ello las manifestaciones del menor con anterioridad a esta segunda exploración sobre su padre, lo manifestado por algunos testigos acerca de la actitud del menor cuando veía al padre en el colegio. Como consecuencia de todo ello se propone por la perito el establecimiento de una “custodia compartida” de tres meses con cada progenitor. En el presente caso ello es lo que se considera procedente debido a la situación del menor, a la necesidad de reforzar los vínculos paternos en orden a desterrar el referido síndrome, quedando garantizada su estabilidad escolar y que quedan garantizadas unas adecuadas relaciones con su hermana dado el amplio régimen de visitas fijado para el padre».

La anterior sentencia parece recoger todo lo mencionado sobre el síndrome de alienación parental. Y así el órgano judicial tras un proceso arduo reconoce el mismo siendo el progenitor custodio y su entorno el que lo ha fomentado. El menor conocedor de toda la conflictividad existente entre sus padres utiliza la situación e, incluso, como se recoge, utiliza las distintas vías legales que tiene a su alcance porque así lo ha visto y denuncia en ocasiones a su padre. Por lo tanto se puede afirmar que en el menor el tan mencionado síndrome está más que implantado, siendo su testimonio no válido para el órgano judicial, pero el menor utiliza, manipula porque todo eso es lo que ha visto en el ámbito del progenitor custodio ya que ha tenido que aprender a sobrevivir en un determinado entorno, el materno, y para sobrevivir aprendió a manipular. El incumplimiento reiterado de visitas también se mostró como el primero de los síntomas para comprobar que la ruptura familiar no sólo

se daba entre los cónyuges sino que también se intentaba romper los lazos afectivos con el progenitor no custodio.

El órgano judicial establece una especie de criterio mixto en la atribución de la guarda y custodia, por un lado, en relación a la hija la atribuye a la madre, por entender que necesita esa estabilidad y por otro, atribuye una custodia compartida en relación al otro hijo.

En la sentencia también se recoge el temor o sospecha de que toda la situación se repita con la hija menor y para ello se establece una relación casi diaria entre la menor y su padre.

El tema del síndrome de alienación, como se ha expuesto, tiene una doble proyección: la puramente psicológica y la jurídica ya que el derecho tiene que reaccionar ante este tipo de situaciones, buscando ante todo el beneficio de los menores sin olvidar el legítimo derecho que tiene todo progenitor a visitar y gozar de la compañía de sus hijos. Dicho contacto resulta fundamental e imprescindible para cubrir las necesidades afectivas y educativas de los hijos en aras a un desarrollo integral y equilibrado de los mismos y a una completa formación de su personalidad. Se considera una grave irresponsabilidad y una evidente muestra de desatención y desarreglo en el ejercicio de la patria potestad, que según el artículo 154 del Código Civil, se debe ejercer siempre en beneficio de los hijos de acuerdo con su personalidad, educándoles y procurándoles una formación integral, resultando primario y elemental, tal y como se destaca en el artículo 160 del Código Civil, el derecho del padre y de la madre, y ello aunque no ostentan la patria potestad, a relacionarse con sus hijos menores.

Y toda esa doble proyección ha de ser explicada. Y así desde el punto de vista psicológico, el síndrome es una forma de maltrato emocional, que necesita un largo tiempo para su instalación y que llega a producir en los menores trastornos psicológicos en el futuro. Desde la perspectiva jurídica las incidencias del síndrome se proyectan en el conjunto de relaciones que se establecen entre padres e hijos y que llevan a que la situación y el conflicto sean insostenibles.

¿Supone una alteración de las circunstancias que implique la modificación de la guarda y custodia la existencia de un síndrome de alienación parental?

Entendemos que ante la existencia de un síndrome de alienación se debe proceder a modificar el régimen de guarda y custodia al haberse alterado sustancialmente las circunstancias que fueron tenidas en cuenta a la hora de establecer las medidas máxime si se tiene en cuenta que no sólo implica el síndrome el incumplimiento de las visitas sino que se le somete a los menores a un maltrato emocional, siendo cierto e incuestionable que toda esta situación es provocada y fomentada por uno de los progenitores, siendo perjudicial para los hijos que se acostumbran a desarrollarse sin uno de los progenitores llegando a rechazarlo. Y sin que la modificación de la guarda y custodia suponga un cambio de vida en los hijos ya que es bueno que sean capaces de adaptarse a nuevas situaciones y a integrarse en la convivencia con el progenitor del que han estado alejados y, sobre todo, si se tiene en cuenta que el progenitor que infunde a sus hijos un maltrato emocional no es idóneo para su guarda al haber llevado a cabo un ejercicio irresponsable de la misma.

Las limitaciones del uso de vivienda familiar en los procesos matrimoniales

FRANCISCO JAVIER CORBACHO PALACIOS

Asesor jurídico y formador ocupacional. Diplomado en Derecho de Familia

Sin duda, la atribución de la vivienda familiar a uno u otro cónyuge cuyo vínculo matrimonial queda en disposición de ser suspendido o disuelto, es uno de los elementos centrales de debate y discusión durante el procedimiento de separación y divorcio. Las razones que aducen las partes para obtener una resolución «más favorable» en las demandas y contestaciones durante la «litis», son diversas y hasta alejadas de fundamentos jurídicos en demasiadas ocasiones, dadas las implicaciones sentimentales y emocionales que estos asuntos conllevan. Pero, a lo que aquí nos concierne, esto es, a la medida concreta y legalmente definida de atribución del uso de vivienda familiar, los argumentos jurídicos en consideración son principalmente:

a) Con carácter general, el **interés más necesitado de protección**, expresión ampliamente acuñada tanto en la doctrina como en el foro, viene determinado respecto de los hijos y, en consecuencia, del cónyuge en cuya compañía queden éstos. Se despliega así, la función tuitiva propia del Derecho de Familia configurándose el interés de los hijos, especialmente si son menores (cuya protección encuentra previsión constitucional en el artículo 39 de nuestra Norma Fundamental), como núcleo del orden público familiar indisponible por las partes, tal y como se desprende de los términos imperativos del **artículo 96 del CC**: «[...]el uso de la vivienda familiar y de los objetos de uso ordinario que en ella se encuentran *corresponde a los hijos y al cónyuge* en cuya compañía queden [...]»

La finalidad de esta norma es establecer un criterio hermenéutico de referencia donde el principio de protección general de los menores en general, y de los hijos en particular, adquiere un peso específico propio respecto de la medida de atribución de la vivienda familiar. Únicamente, para el supuesto infrecuente de que los hijos queden separados en compañía de los respectivos cónyuges, prevé el legislador un componente discrecional dilucidable por el juzgador, al establecer el citado artículo 96.2 *in fine* que «el Juez resolverá lo procedente», y para ello, la jurisprudencia ha optado por diferentes soluciones dependiendo de las circunstancias del caso: [...]

b) Con carácter subsidiario para cuando no existan hijos fruto del matrimonio, nuestro Código Civil dispone que el uso de la vivienda familiar podrá atribuirse al cónyuge no titular cuando las circunstancias del caso y el interés más necesitado de protección así lo indique (artículo 96.3). Circunstancias del caso e interés más necesitado de protección se erigen en elementos autónomos y a la vez interrelacionados en la interpretación de la norma por cuanto que el segundo de ellos, de carácter eminentemente jurídico como hemos

visto, parece referirse a un interés personal de la relación entre cónyuges y el primero (circunstancias del caso) a factores externos de carácter social, económico, patrimonial, pero que, a su vez, van a definir y a esclarecer ese interés más necesitado de protección, cuando no se fundamenta en el eje fundamental para establecer la medida de atribución del uso de la vivienda familiar conforme a la Ley: la existencia de hijos.

En este momento, pues, se suscita una serie de cuestiones significativas: a la luz del artículo 96 del CC: ¿es posible establecer limitaciones a la atribución inicial del uso de la vivienda familiar?, ¿cuáles?, ¿por qué?, ¿cómo se articularían los intereses en conflicto en un procedimiento de separación, divorcio, o de modificación de medidas, si existen hijos mayores de edad? Desde esta perspectiva, la jurisprudencia y buena parte de la doctrina civilista entienden que, en los casos de ausencia de hijos menores, el interés más necesitado de protección puede modalizarse o evaluarse conforme a **legítimas expectativas y derechos** que puedan tener los cónyuges y, especialmente como es lógico, de los que atañen a aquel que finalmente no obtenga el uso de la vivienda familiar. Así, el interés más necesitado de protección se produce como consecuencia de la situación ineludiblemente inestable que sigue a toda separación y divorcio y los efectos que ésta pueda tener en el entorno familiar que no por ello deja de existir, no siendo, por tanto, el uso de la vivienda familiar atribuida en virtud de dicho interés tutelable, indefinido, sino en tanto subsistan las circunstancias que lo motivaron (v.gr.: la minoría de edad de los hijos, etc.) pudiéndose variar después en función del cambio sustancial de esas circunstancias y de los ponderables derechos que haga valer la otra parte. Tampoco es ajeno a lo anterior, el hecho de que el TS en numerosas ocasiones haya manifestado que el **uso de la vivienda familiar** pese a que sea susceptible de atribuirse al cónyuge no titular del inmueble, **no constituye ni crea derecho real alguno** sobre el mismo ni perjudica los ya adquiridos aun mediante concesión en precario (SS de 21 de mayo de 1990 y de 30 de noviembre de 1994, entre otras), ni impide **el poder de disposición** sobre él enajenándolo o adquiriéndolo, sino que se establecen las imprescindibles **facultades de uso**, o si se quiere de posesión de hecho sobre la vivienda, **oponible erga omnes** y amparado en cuanto tal por la pertinente resolución judicial declarativa (Sentencia de 31 de diciembre de 1994). Asimismo, la jurisprudencia ya consolidada de las Audiencias Provinciales ha destacado de modo rotundo la virtualidad temporal de la atribución de vivienda familiar adoptada en los procesos de separación y divorcio, declarando que el sentido inicial de esta medida no puede suponer una suerte de expropiación judicial vaciando de contenido los derechos preexistentes compatibles con esta medida en el ámbito patrimonial (propiedad, arrendamiento, ...) que correspondieran al cónyuge titular (por todas, SAP de Palma de Mallorca de 18 de diciembre de 1989).

Pero, además de que la limitación temporal al uso de la vivienda pueda fundarse por una alteración sustancial de circunstancias y factores iniciales (*rebus sic stantibus*, modificación del *statu quo*), afirmábamos que ello tiene que ver asimismo con expectativas y derechos del cónyuge no residente, que no pueden verse frustrados (*vid. supra*), como el no ver menoscabado, al menos temporalmente, su patrimonio para poder rehacer dignamente su vida o más concretamente su derecho a una liquidación efectiva y no dilatoria del régimen económico matrimonial vigente (normalmente, sociedad de gananciales). Para ello, de igual modo, para aquellos casos en que la determinación del interés más necesitado de protección exige una ponderación equilibrada de un mayor número de factores y circunstancias, la jurisprudencia ha introducido un término temporal previo que, por dichas causas, se estima como razonable y ajustado al caso en concreto. Son especialmente abundantes las sentencias de la Audiencias Provinciales al respecto: Sólo a modo de ejemplo podemos citar las SS de la AP de Madrid de 17 de noviembre de 1992, de 12 de marzo de 1993 o las más recientes de la

AP de Barcelona de 14 de junio de 1999 y de 13 de marzo de 2000. Dicho término, en atención a la práctica disponible hoy día, no es inferior a un año, quizá por considerar este período de tiempo como el mínimamente adecuado para apreciar un cambio cualitativo en la situación personal y/o patrimonial de los cónyuges, como pueda ser el proceso de liquidación de la sociedad de gananciales o el cambio en el ejercicio de la guarda y custodia de alguno de los hijos menores (SAP de Asturias de 17 de octubre de 2002) o de los hijos mayores de edad que aún convivan en el domicilio familiar en los casos previamente acreditados y comprobados en que éste vaya a alcanzar, dentro de ese período aproximado, la plena independencia económica que pueda motivar esta modalización temporal, en atención, por ejemplo, a la terminación de estudios académicos que puedan suponer una pronta incorporación activa al mercado de trabajo (SAP de Madrid, Sección 22.^a, de 25 de enero de 2002).

Sin embargo, es ciertamente notorio que el principal inconveniente en propugnar esta interpretación en los supuestos de aplicación subsidiaria del artículo 96 del Código Civil, es decir, cuando no existan hijos menores del matrimonio, es la falta de jurisprudencia del Tribunal Supremo sobre la cuestión, lo que ha implicado, en ocasiones y pese a los apoyos doctrinales antes explicados, una cierta confusión en las resoluciones de los Juzgados de Familia y de las Audiencias Provinciales ya que el Tribunal Supremo no ha tenido ocasión de unificar doctrina al respecto. En algunas sentencias puede comprobarse cómo el órgano judicial respectivo, suele incidir en la ¿presumible? pérdida de poder adquisitivo de la parte a cuyo favor se otorga, en principio, el uso de la vivienda familiar, sin entrar a considerar que ese menoscabo patrimonial puede no ajustarse a la realidad si se insta efectivamente a una liquidación efectiva del régimen económico matrimonial de carácter comunitario en un término determinado (al contrario, su patrimonio personal neto habría de aumentar como consecuencia de la liquidación), y sobre todo, si se difiere en todo caso, los supuestos de equilibrio del interés más necesitado de protección al procedimiento de modificación de medidas definitivas del **artículo 775** de la LEC, cuando puede razonablemente preverse y consecuentemente evitar posibles situaciones de abuso de derecho. Lógicamente, esto no supone que la liquidación efectiva del régimen económico matrimonial o la salida del domicilio familiar del hijo mayor de edad, hayan de ser impuestas por el órgano judicial, ya que son acciones en sí mismas (la primera de ellas puede efectuarse a través de un negocio jurídico) realizables por la libre voluntad de las personas, sino que el órgano judicial ejerciendo sus facultades de interpretación y aplicación del Derecho vigente (*iura novit curia*), pueda, en los concretos casos ya reiteradamente descritos, aplicar una medida modalizada que evite racionalmente, un ejercicio del derecho al uso de la vivienda familiar que infrinja legítimos derechos de la otra parte en controversia, así como la propia finalidad de la concesión de este uso a uno de los cónyuges, que no es otra que el amparo del denominado interés más necesitado de protección, que, en consecuencia, perdería tal carácter. La previsión del juzgador encuentra fundamento no sólo en el procedimiento de modificación de medidas regulado en nuestra Ley Procesal Civil (artículo 775) que permitiría a instancia de parte legitimada tal modificación, en el supuesto de un cambio sustancial de las condiciones de la previa decisión, sino de modo general en el artículo 7.1 *in fine* de nuestro Código Civil: [... el abuso de derecho dará lugar a la correspondiente indemnización y a la adopción de las medidas judiciales o administrativas que impidan la persistencia del abuso...].

En conclusión, y a falta de un adecuado desarrollo jurisprudencial del TS, los requisitos exigibles por la práctica y la jurisprudencia llamada menor determinantes para la aplicación de la tesis modalizada expuesta, serían:

a) Matrimonio sin hijos menores de edad.

b) Interés protegible equilibrado desde un punto de vista personal y/o patrimonial (por la propia ausencia de hijos menores o por su situación económica idéntica, siendo sintomático de esto el hecho de que ninguno de los consortes fuera beneficiario de la pensión compensatoria del artículo 97 del CC).

c) Titularidad individual de la vivienda familiar del cónyuge que no disfruta de su uso o, en su caso, compartida por ambos.

d) Previsión racional de un cambio sustancial que pueda ocasionar desprotección o perjuicio al cónyuge «no residente», bien por la propia evolución de sus circunstancias personales y económicas, o por un ejercicio abusivo o antijurídico de la contraparte en la concesión del uso de la vivienda familiar.

Revista de **Derecho de** **familia**

PUBLICACIONES, NOTICIAS Y DATOS DE INTERÉS

SÍNDROME DE ALIENACIÓN PARENTAL. HIJOS MANIPULADOS POR UN CÓNYUGE PARA ODIAR AL OTRO.

Autor: José Manuel AGUILAR CUENCA.

Editorial Almuzara. Octubre 2004

El Síndrome de Alineación Parental (SAP) es el conjunto de síntomas que resultan del proceso por el cual un progenitor transforma la conciencia de sus hijos, mediante distintas estrategias, con objeto de impedir, obstaculizar o destruir sus vínculos con el otro progenitor, hasta hacerla contradictoria con lo que debería esperarse de su condición. Esta situación está directamente relacionada con los procesos de separación contenciosa o aquellos que, iniciándose de mutuo acuerdo, han derivado en una situación conflictiva. En nuestro país más de 25.000 niños están afectados anualmente por este problema.

Éste es el primer libro dedicado monográficamente a este trastorno en idioma castellano, pudiendo ser calificado de novedad mundial en este idioma, aunque es un trastorno que cuenta con centenares de referencias bibliográficas en inglés, que acopian dos décadas de estudios y publicaciones en el ámbito anglosajón, en donde existe legislación concreta que lo reconoce como motivo de cambio de custodia.

El autor, perito psicólogo, describe desde un enfoque claro y sencillo el proceso por el cual un progenitor programa a sus hijos en el odio hacia el otro progenitor, hasta hacer que el hijo lo rechace por completo, en el contexto de las disputas judiciales por la guarda y custodia de los hijos. Estos episodios se están revelando como una nueva forma de maltrato emocional infantil a la cual, en los últimos años, los Tribunales están intentando responder en nuestro país.

Con la aparición de este libro los profesionales implicados cuentan ya con apoyo bibliográfico en castellano que les permita orientar sus acciones judiciales con objeto de alegar la presencia de esta práctica, así como orientar a sus clientes sobre su abordaje.

INTERÉS LEGAL DEL DINERO

Año	%
1985	11
1986	10,50
1987	9,50
1988	9
1989	9
1990	10
1991	10
1992	10
1993	10
1994	9
1995	9
1996	9
1997	7,5
1998	5,5
1999	4,25
2000	4,25
2001	5,50
2002	4,25
2003	4,25
2004	3,75
2005	4

SALARIO MÍNIMO INTERPROFESIONAL (SMI) PARA 2005

17,10 euros/día o 513 euros/mes.

ÍNDICE DE PRECIOS DE CONSUMO. (DATOS INTERANUALES)

Año	Enero	Febrero	Marzo	Abril	Mayo	Junio	Julio	Agosto	Septiem.	Octubre	Noviem.	Diciem.
1981	14,4	14,0	15,6	15,6	15,4	13,7	14,3	14,4	14,1	14,4	14,3	14,4
1982	14,5	14,8	13,6	14,0	15,1	16,1	15,3	14,7	14,0	13,8	13,2	14,0
1983	13,6	13,3	12,8	12,9	11,8	11,3	10,3	11,0	11,8	12,2	13,0	12,2
1984	12,1	11,9	12,2	11,2	11,3	11,4	12,7	12,0	11,4	10,5	10,0	9,0
1985	9,4	9,7	9,5	10,2	9,9	8,9	7,9	7,3	8,3	8,2	8,5	8,2
1986	9,3	9,0	8,6	7,8	7,8	8,9	9,4	9,5	9,5	9,3	8,2	8,3
1987	6,0	6,0	6,3	6,3	5,8	4,9	4,9	4,6	4,4	4,7	4,7	4,6
1988	4,5	4,3	4,5	3,9	4,0	4,4	4,7	5,8	5,7	5,2	5,4	5,8
1989	6,4	6,2	6,1	6,7	6,9	7,1	7,4	6,6	6,8	7,1	7,3	6,9
1990	6,7	7,3	7,0	7,0	6,8	6,5	6,3	6,5	6,5	7,0	6,7	6,5
1991	6,7	5,9	5,9	5,9	6,2	6,2	6,1	6,0	5,7	5,5	5,7	5,5
1992	6,0	6,8	6,9	6,5	6,5	6,2	5,2	5,8	5,8	5,2	5,1	5,3
1993	4,7	4,0	4,0	4,6	4,6	4,9	4,9	4,6	4,3	4,6	4,7	4,9
1994	5,0	5,0	5,0	4,9	4,9	4,7	4,8	4,8	4,5	4,4	4,4	4,3
1995	4,4	4,8	5,2	5,2	5,1	5,1	4,7	4,3	4,4	4,3	4,4	4,3
1996	3,9	3,7	3,4	3,5	3,8	3,6	3,7	3,7	3,6	3,5	3,2	3,2
1997	2,9	2,5	2,2	1,7	1,5	1,6	1,6	1,8	2,0	1,9	2,0	2,0
1998	2,0	1,8	1,8	2,0	2,0	2,1	2,2	2,1	1,6	1,7	1,4	1,4
1999	1,5	1,8	2,2	2,4	2,2	2,2	2,2	2,4	2,5	2,5	2,7	2,9
2000	2,9	3,0	2,9	3,0	3,1	3,4	3,6	3,6	3,7	4,0	4,1	4,0
2001	3,7	3,8	3,9	4,0	4,2	4,2	3,9	3,7	3,4	3,0	2,7	2,7
2002	3,1	3,1	3,1	3,6	3,6	3,4	3,4	3,6	3,5	4,0	3,9	4,0
2003	3,7	3,8	3,7	3,1	2,7	2,7	2,8	3,0	2,9	2,6	2,8	2,6
2004	2,3	2,1	2,1	2,7	3,4	3,5	3,4	3,3	3,2	3,6	3,5	3,2
2005	3,1	3,3	3,4	3,5	3,1							

**TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS
(CUANDO UN SOLO PROGENITOR OBTIENE INGRESOS)**

Ingresos	1 hijo	2 hijos	3 hijos	4 hijos
800	181,6	263,3	299,6	350,5
875	198,6	288,0	327,7	383,3
950	215,7	312,7	355,8	416,2
1.025	232,7	337,4	383,9	449,1
1.100	249,7	362,1	412,0	481,9
1.175	266,7	386,8	440,1	514,8
1.250	283,8	411,4	468,2	547,6
1.325	300,8	436,1	496,3	580,5
1.400	317,8	460,8	524,4	613,4
1.475	334,8	485,5	552,5	646,2
1.550	351,9	510,2	580,6	679,1
1.625	368,9	534,9	608,6	711,9
1.700	385,9	559,6	636,7	744,8
1.775	402,9	584,2	664,8	777,6
1.850	420,0	608,9	692,9	810,5
1.925	437,0	633,6	721,0	843,4
2.000	454,0	658,3	749,1	876,2
2.075	471,0	683,0	777,2	909,1
2.150	488,1	707,7	805,3	941,9
2.225	505,1	732,4	833,4	974,8
2.300	522,1	757,0	861,5	1.007,7
2.375	539,1	781,7	889,6	1.040,5
2.450	556,2	806,4	917,6	1.073,4
2.525	573,2	831,1	945,7	1.106,2
2.600	590,2	855,8	973,8	1.139,1
2.675	607,2	880,5	1.001,9	1.171,9
2.750	624,3	905,2	1.030,0	1.204,8
2.825	641,3	929,8	1.058,1	1.237,7
2.900	658,3	954,5	1.086,2	1.270,5
2.975	675,3	979,2	1.114,3	1.303,4
3.050	692,4	1.003,9	1.142,4	1.336,2
3.125	709,4	1.028,6	1.170,5	1.369,1
3.200	726,4	1.053,3	1.198,6	1.402,0
3.275	743,4	1.078,0	1.226,7	1.434,8
3.350	760,5	1.102,7	1.254,7	1.467,7
3.425	777,5	1.127,3	1.282,8	1.500,5

TABLA ESTADÍSTICA DE PENSIONES ALIMENTICIAS
(CUANDO EXISTE UN SOLO HIJO Y AMBOS PROGENITORES PERCI BEN INGRESOS)

	900	1.050	1.200	1.350	1.500	1.650	1.800	1.950	2.100	2.250	2.400	2.550	2.700	2.850
600	190	225	259	293	327	361	395	429	463	497	531	565	599	633
650	190	224	258	292	326	360	394	428	462	496	530	564	598	632
700	188	222	257	291	325	359	393	427	461	495	529	563	597	631
750	187	221	255	289	323	358	392	426	460	494	528	562	596	630
800	186	220	254	288	322	356	390	424	459	493	527	561	595	629
850	185	219	253	287	321	355	389	423	457	491	526	560	594	628
900	184	218	252	286	320	354	388	422	456	490	524	558	592	627
950	183	217	251	285	319	353	387	421	455	489	523	557	591	625
1.000	182	216	250	284	318	352	386	420	454	488	522	556	590	624
1.050	180	215	249	283	317	351	385	419	453	487	521	555	589	623
1.100	179	213	247	281	316	350	384	418	452	486	520	554	588	622
1.150	178	212	246	280	314	348	382	417	451	485	519	553	587	621
1.200	177	211	245	279	313	347	381	415	449	484	518	552	586	620
1.250	176	210	244	278	312	346	380	414	448	482	516	550	585	619
1.300	175	209	243	277	311	345	379	413	447	481	515	549	583	617
1.350	174	208	242	276	310	344	378	412	446	480	514	548	582	616
1.400	173	207	241	275	309	343	377	411	445	479	513	547	581	615
1.450	171	205	239	274	308	342	376	410	444	478	512	546	580	614
1.500	170	204	238	272	306	341	375	409	443	477	511	545	579	613
1.550	169	203	237	271	305	339	373	407	442	476	510	544	578	612
1.600	168	202	236	270	304	338	372	406	440	474	508	543	577	611
1.650	167	201	235	269	303	337	371	405	439	473	507	541	575	609
1.700	166	200	234	268	302	336	370	404	438	472	506	540	574	608

NOTA: Los valores deben multiplicarse por 1,45 si hay dos hijos, 1,65 si hay tres hijos y 1,93 si hay cuatro hijos. Los valores de la primera columna corresponden a los ingresos del progenitor custodio, y los valores de la primera fila corresponden a los ingresos del progenitor no custodio.

Revista de Derecho de familia

AVANCES JURISPRUDENCIALES

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL

Anulación de la sentencia del Tribunal Supremo que estimó la demanda de reclamación de paternidad con base única y exclusivamente en la negativa del demandado a someterse a la prueba biológica de paternidad.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 29/2005, de 14 de febrero.

Habiendo interpuesto el padre demanda de impugnación de paternidad y desistiendo posteriormente de la misma al conocer el resultado de la prueba biológica, la madre, en nombre propio y en el de su hijo, interpuso querella por estafa procesal que no fue admitida a trámite en base a la aplicación de la excusa absolutoria prevista en el artículo 268 del CP y de la prohibición de accionar penalmente entre determinados parientes consignada en el artículo 103 de la LECrim, causas que sólo afectaban a la acción ejercida en nombre de su hijo, pero no a la ejercitada en nombre propio.

Tribunal Constitucional, Sala 1.ª, Sentencia 21/2005, de 1 de febrero.

Anulación por falta de motivación de la sentencia del Tribunal Supremo que desestimó un recurso de revisión de una sentencia de divorcio dictada en rebeldía por vulneración del derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, al aplicar la norma procesal reguladora de la caducidad de la acción de revisión sin el necesario razonamiento que pudiera justificar la denegación del acceso a la jurisdicción por parte del recurrente en amparo.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 11/2005, de 31 de enero.

Nulidad de lo actuado en el procedimiento de reclamación de paternidad en el que admitida la prueba pericial consistente en la extracción de muestras de ADN de un cadáver y la misma no llegó a practicarse por causas ajenas a la parte que reclamaba la filiación.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 3/2005, de 17 de enero.

Habiéndose acordado por el Juzgado el cambio de guarda y custodia a favor del padre tras los incidencias habidas en la ejecución del régimen de visitas, la Audiencia revocó tal cambio sin fundamentar suficientemente tal decisión, por lo que el Tribunal Constitucional entendió que se había vulnerado el derecho a la tutela judicial efectiva del padre y acordó retrotraer las actuaciones para que la Audiencia Provincial dictase nueva resolución respetando este derecho.

Tribunal Constitucional, Sala 2.ª, Sentencia 8/2005, de 17 de enero.

TRIBUNAL SUPREMO

FILIACIÓN

Compatibilidad entre acciones de reclamación de filiación, declaración de herederos y declaración de preterición en testamento, y nulidad de compraventa.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2004.

Estimación de la demanda de reclamación de paternidad, cuando existiendo indicios racionales para tal declaración el demandado se niega a someterse a las pruebas biológicas de paternidad, sin la presencia de causas cualificadas y debidamente justificadas para legitimar su postura, vulnerando el artículo 14 de la CE, ya que se crea una situación de desigualdad, máxime cuando dicha negativa obedece a afanes obstruccionistas, y constituye claro impedimento en la búsqueda de la verdad material.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de noviembre de 2004.

Inadmisión del recurso de casación por interés casacional contra Sentencia recaída en juicio de menor cuantía sobre filiación ya que la infracción de la doctrina del Tribunal Constitucional no puede sustentar el recurso de casación articulado por esta vía.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 23 de noviembre de 2004.

Inadmisión del recurso de casación interpuesto contra una sentencia recaída en juicio de menor cuantía sobre filiación al utilizarse una vía casacional inadecuada, pues habiéndose sustanciado el procedimiento por razón de la materia su acceso a la casación sólo habría sido posible por la vía del artículo 447.2.3.º de la LEC de 2000, siempre que se acreditara la existencia de «interés casacional», como presupuesto de recurribilidad, en la fase de la preparación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 16 de noviembre de 2004.

PATRIA POTESTAD

Condena a una compañía eléctrica y subsidiariamente a una entidad pública por el fallecimiento de un menor por electrocución al subir a una torre de alta tensión habiéndose moderado la indemnización al apreciarse la concurrencia de culpas de los padres del menor.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de diciembre de 2004.

Privación de la patria potestad al padre que desde hace seis años no ve a la hija y desde hace varios ha desatendido su obligación alimenticia a pesar de haber cobrado personalmente la ayuda familiar que devengó por el nacimiento de la misma, sin haber empleado cantidad alguna en el sustento de la menor.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 11 de octubre de 2004.

Inexistencia de culpa exclusiva de la víctima en el fallecimiento de un menor a consecuencia de caerle encima una portería de balonmano.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de septiembre de 2004.

REGÍMENES ECONÓMICOS MATRIMONIALES

Desestimación de la acción de rescisión por lesión en más de una cuarta parte ya que hay que estar a lo aprobado por las partes voluntariamente, sin vicios del consentimiento respectivo, tras la labor del Letrado que aunó la voluntad de las mismas pues ello supone una composición de las disputas que surgieron durante el período negocial entre los cónyuges.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de enero de 2005.

Carácter privativo de la pensión de jubilación que percibe el ex esposo al tratarse de un derecho personal del trabajador, sin que pueda tampoco incluirse en el activo un derecho de reembolso de la sociedad de gananciales por importe del valor del dinero de las cotizaciones que abonadas vigente la sociedad de gananciales han servido para generar la pensión.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2004.

No existe falta de litisconsorcio pasivo necesario porque no se demande al hijo en el procedimiento de liquidación de la sociedad de gananciales, por más que la esposa alegue el carácter de donatario del mismo respecto a una cantidad que se extrajo de una cuenta común.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2004.

No existe incongruencia porque en el activo del inventario se haya incluido una partida por el importe actualizado, conforme al interés legal del dinero, de la cantidad que extrajo la esposa de una cuenta de carácter ganancial, ya que aunque dicha actualización no se pidiese en la demanda es imperativa su aplicación conforme a lo establecido en el artículo 1397 del CC.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 20 de diciembre de 2004.

Teniendo el causante a la fecha de contraer matrimonio nacionalidad cubana en aplicación del Tratado de Paz con USA de 10 de diciembre de 1898, procede anular el inventario y posterior adjudicación de herencia efectuados conforme al régimen de separación de bienes.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 2 de diciembre de 2004.

Reconocimiento de un crédito a favor de un cónyuge por las mejoras realizadas en bienes privativos del otro, debiendo deducirse los beneficios que de las mismas haya obtenido exclusivamente su autor.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 26 de noviembre de 2004.

El juicio verbal al que se remite el artículo 809.2 tiene una evidente naturaleza incidental, al igual que sucede en el caso previsto en el artículo 794.4 de LEC 2000, lo que determina la irrecurribilidad en casación de las sentencias dictadas en grado de apelación en estos procedimientos.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Auto de 23 de noviembre de 2004.

UNIONES DE HECHO

Declarada la existencia de una convivencia *more uxorio* entre varón, separado judicialmente de su anterior esposa, y mujer, con duración de 17 años y terminada por fallecimiento de aquél, si bien no se reconoce la existencia de una comunidad de bienes entre ambos, sí se reconoce el derecho a una compensación económica a la mujer que consistirá en el valor un tercio de los bienes en aplicación de los principios generales del derecho ya que su no concesión supondría un enriquecimiento injusto en los herederos en perjuicio de aquélla.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de noviembre de 2004.

SUCESIONES

Desestimación de la demanda en la que se pretende la nulidad de una partición por no haberse observado la regla de la proporcionalidad en los lotes ya que la acción se ejercita con base en una tasación actual de los bienes y no a la del momento de llevarse a cabo la partición como era procedente, pues para juzgar acerca de la existencia de error o lesión en una partición debe hacerse atendido el valor de las cosas cuando fueron adjudicadas, máxime en este caso, en el que han transcurrido más de treinta años desde la partición y la fecha de la tasación.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 25 de noviembre de 2004.

Validez del testamento otorgado ante Notario aunque el testador no pudiese hablar ni escribir y que manifestase su conformidad al Notario mediante gestos.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 24 de noviembre de 2004.

Declarado que la compraventa fue simulada encubriendo una donación modal cuyo modo o carga era la de cuidar y asistir a la donante, habiéndose acreditado que realizada la donación, los donatarios dejaron completamente de ocuparse de aquélla incumpliendo lo convenido, se acuerda la revocación de la donación por incumplimiento del modo.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 23 de noviembre de 2004.

No produce dejar sin efecto la declaración de herederos efectuada en 1973 aun cuando en la misma se discriminase a un hijo extramatrimonial habida cuenta que la misma se llevó a efecto conforme a la legislación vigente en aquel momento, habiéndose agotado los efectos de dicha discriminación en la fase preconstitucional.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª; Sentencia de 13 de octubre de 2004.

OTRAS CUESTIONES

Nulidad por simulación absoluta de la escritura de compraventa otorgada por la madre y uno de los hijos al acreditarse que no existió precio en la misma, siendo intrascendente que aquélla se hubiese llevado a efecto en escritura pública ya que la fe pública notarial no alcanza a la certeza y verdad de las manifestaciones que se hacen.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 27 de enero de 2005.

Realizada la vasectomía al esposo y habiendo quedado embarazada la esposa no se estima la acción de reclamación de daños y perjuicios ejercitada por el esposo frente al médico que realizó aquella operación al no haberse acreditado que el esposo sea el padre del hijo que ha tenido su esposa.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 29 de octubre de 2004.

Intromisión ilegítima en el derecho a la propia imagen y a la intimidad de una menor por la publicación de una fotografía de la misma cuando se encontraba ingresada en un centro oncológico y fue visitada en la fiesta de Reyes Magos por unos famosos.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 18 de octubre de 2004.

No existió error judicial cuando se estimó la oposición a la ejecución en la que se reclamaba el pago de la pensión compensatoria fijada en la sentencia de separación cuando en la sentencia de divorcio no se hizo pronunciamiento alguno sobre dicha pensión.

Tribunal Supremo, Sala 1.ª, Sentencia de 1 de octubre de 2004.

AUDIENCIAS PROVINCIALES

SEPARACIÓN, DIVORCIO Y NULIDAD

No procede declarar la nulidad matrimonial en base a una supuesta falta de consentimiento, puesto que de la prueba practicada se infiere la existencia de un matrimonio que discurre con «normalidad» durante los cuatro primeros años.

AP Málaga, Sec. 7.ª, Sentencia de 28 de enero de 2005.

Acreditada la separación de hecho durante 18 años, procede decretar el divorcio, siendo de aplicación la normativa española, al ser ambos cónyuges de nacionalidad española, contrajeron matrimonio en León, aun cuando su residencia posterior fuese en Francia donde nació su única hija, no siendo obstáculo para ello que en Francia se dictase sentencia desestimatoria de divorcio.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 7 de diciembre de 2004.

GUARDA Y CUSTODIA

No basta para modificar el régimen de guarda de la menor el que el padre disponga de mejor horario laboral que la madre.

AP Toledo, Sec. 1.ª, Sentencia de 2 de febrero de 2005.

Sin que exista un previo acuerdo entre los progenitores no procede fijar un régimen de guarda compartida.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 28 de enero de 2005.

Es ajustada la decisión de atribuir la guarda y custodia del hijo de 16 años a la madre, puesto que constan las manifestaciones de éste de no poder vivir con su padre.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 28 de enero de 2005.

No procede introducir modificaciones en el régimen de custodia establecido a favor de la madre, dado el problema psicológico que padece el menor y la incidencia que en el mismo está teniendo la ruptura de la pareja.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 25 de enero de 2005.

RÉGIMEN DE VISITAS

No procede establecer el régimen de visitas que pretende el padre, puesto que supondría un trasiego casi diario del hogar familiar al del progenitor —en poblaciones distintas—, alterando su entorno habitual, sus relaciones con sus amigos de colegio y con sus hermanos menores, teniendo en cuenta que el menor tiene 9 años.

AP Baleares, Sec. 3.ª, Sentencia de 15 de febrero de 2005.

A pesar de que en el pasado se produjo un episodio de violencia doméstica presenciado por los hijos no procede suspender el derecho de visitas del padre, cuando éste ha acreditado que el mismo se produjo como consecuencia de una ingesta abusiva de alcohol, no presentando en la actualidad ningún síntoma de sufrir este tipo de adicción. No obstante, las visitas serán limitadas y controladas en el Punto de Encuentro.

AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 2 de febrero de 2005.

No resulta procedente fijar visitas todos los sábados, dado que impide al progenitor custodio disfrutar con normalidad de los fines de semana.

AP Toledo, Sec. 1.ª, Sentencia de 2 de febrero de 2005.

No procede modificar el régimen de visitas, ya que aunque se constata cierta falta de habilidad por parte del padre para cuidar a una hija de corta edad, dicho problema con voluntad y tiempo se superará.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 26 de enero de 2005.

Procede que, en caso de que por una causa justificada, el padre no pueda recoger al menor cuando le corresponda su compañía pueda hacerlo un familiar.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 25 de enero de 2005.

VIVIENDA FAMILIAR

Teniendo en cuenta la avanzada edad del esposo, su precario estado de salud y que viene ocupando la vivienda desde hace más de 30 años, se considera que su interés es el más necesitado de protección, y por ello se le otorga el uso de la vivienda familiar —propiedad privativa de la esposa— por un espacio de seis meses a contar desde la fecha de la sentencia de la Audiencia Provincial.

AP Baleares, Sec. 3.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2005.

Si ambos cónyuges convinieron en el convenio regulador que tanto el parking como el trastero de la vivienda familiar serían utilizados por el esposo, no hay motivo alguno para alterar aquel pacto, máxime cuando el esposo tiene su domicilio en las inmediaciones de la vivienda familiar.

AP Lleida, Sec. 1.ª, Sentencia de 27 de enero de 2005.

Mientras se produce la división, procede atribuir el uso de la vivienda a la esposa que la precisa para habitarla, ya que el marido tiene una vivienda en alquiler.

AP Girona, Sec. 1.ª, Sentencia de 27 de enero de 2005.

No procede imponer a uno solo de los cónyuges el pago de la totalidad del préstamo hipotecario, pues es a ambos a quien les corresponde asumir la deuda, excepto que hubieran pactado expresamente lo contrario.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 26 de enero de 2005.

PENSIÓN ALIMENTICIA

No procede extinguir la pensión de alimentos, puesto que el mero hecho de alcanzar la mayoría de edad no produce automáticamente su extinción.

AP Baleares, Sec. 3.ª, Sentencia de 11 de febrero de 2005.

La cuantía de la pensión alimenticia deberá fijarse de forma ponderada por un importe que oscile entre el 30% y el 35% de los ingresos netos que por todos los conceptos perciba el obligado al pago.

AP Valladolid, Sec. 3.ª, Sentencia de 10 de febrero de 2005.

No procede incrementar la cuantía de la pensión alimenticia puesto que las necesidades de los hijos no han variado y de accederse a tal aumento el alimentante quedaría en una situación límite.

AP Toledo, Sec. 1.ª, Sentencia de 8 de febrero de 2005.

Estimación de la oposición a la ejecución en la que se reclamaba cierta cantidad en concepto de gastos extraordinarios dado que nada se estableció al respecto en la sentencia de separación objeto de la ejecución.

AP Baleares, Sec. 3.ª, Auto de 4 de febrero de 2005.

PENSIÓN COMPENSATORIA

Fijación de pensión compensatoria aun cuando la esposa, durante los últimos meses haya realizado determinados trabajos, ya que es evidente la precariedad laboral de la misma.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 4 de marzo de 2005.

La diferencia salarial entre los litigantes –1.021 euros más horas extraordinarias del esposo, frente a los 677 de la esposa– evidencia un desequilibrio económico que motiva el establecimiento de una pensión compensatoria en la cuantía de 100 euros.

AP Baleares, Sec. 3.ª, Sentencia de 18 de febrero de 2005.

Es ajustada la fijación de una pensión compensatoria en 300 euros sin limitación temporal alguna, dado que la esposa queda al cuidado de los hijos de corta edad.

AP Toledo, Sec. 1.ª, Sentencia de 2 de febrero de 2005.

Procede declarar extinguida la pensión compensatoria puesto que en el convenio regulador se fijó que la misma cesaría cuando la beneficiaria tuviese un empleo estable, lo que se ha cumplido. No afecta a tal pacto hechos no tenidos en cuenta en aquel momento, como por ejemplo, el padecimiento de una enfermedad posterior.

AP Baleares, Sec. 3.ª, Sentencia de 1 de febrero de 2005.

Constatado que la separación genera desequilibrio económico para la esposa –que trabaja y que tiene 44 años–, procede la fijación de una pensión compensatoria de 300 euros mensuales limitada a 3 años, puesto que la esposa tiene atribuido el uso de la vivienda familiar.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 28 de enero de 2005.

No procede declarar la extinción de la pensión compensatoria dado que no se acredita ni una alteración de las circunstancias económicas del obligado al pago, por más que haya pasado a la situación de jubilado por enfermedad y se haya declarado la invalidez permanente absoluta.

AP Valladolid, Sec. 1.ª, Sentencia de 26 de enero de 2005.

CONVENIO REGULADOR

Cuando se trata de fijar la cuantía de la pensión alimenticia, no son vinculantes para el tribunal los pactos contenidos en un convenio regulador no ratificado, sin que por otro lado pueda darse plena eficacia al dato contenido en el mismo relativo a los ingresos que percibe el progenitor no custodio.

AP Murcia, Sec. 5.ª, Sentencia de 21 de enero de 2005.

El convenio no ratificado a presencia judicial, aunque impide que siga adelante el procedimiento de mutuo acuerdo, no implica que los pactos asumidos carezcan de efectos civiles entre los firmantes, y por ello no procede fijar pensión compensatoria a favor de la esposa, ya que el alegado vicio del consentimiento por no estar en sus plenas facultades mentales no ha quedado acreditado siendo insuficiente a estos extremos una mera declaración testifical de una amiga de la misma.

AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2004.

La intimidación como vicio invalidante del consentimiento contractual debe ser acreditado por quien la alega y por ello, no habiéndose probado tal circunstancia, no

procede declarar la nulidad del segundo convenio regulador suscrito dos meses y medio después de firmar el primero en el que se modificaban algunas cláusulas.

AP Sevilla, Sec. 2.ª, Sentencia de 30 de noviembre de 2004.

CUESTIONES PROCESALES

Desestimación de la petición de medidas cautelares vía artículo 158 del CC cuando está en trámite un procedimiento de modificación de medidas.

AP Córdoba, Sec. 1.ª, Auto de 19 de enero de 2005.

Debe darse a progenitor e hija la posibilidad de retomar la relación personal en las condiciones establecidas inicialmente, pretendiendo el beneficio de la menor, no pudiendo darse relevancia al informe psicológico practicado en base a las exclusivas manifestaciones de una parte.

AP Alicante, Sec. 6.ª, Sentencia de 30 de diciembre de 2004.

La declaración de nulidad de los convenios excede el objeto del procedimiento de separación matrimonial y fijación de medidas.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 14 de diciembre de 2004.

EJECUCIÓN DE SENTENCIA

Aunque en la sentencia de apelación se rebaja la cuantía de la pensión alimenticia, se hace constar que no procede la devolución de las diferencias ya percibidas al entenderse que se han consumido por los beneficiarios de la pensión.

AP Madrid, Sec. 22.ª, Sentencia de 4 de marzo de 2005.

Procedencia de la devolución de las cantidades que la esposa percibió de más en concepto de pensión compensatoria al haber retenido la empresa el porcentaje acordado sobre el salario bruto y no sobre el neto, sin que proceda apreciar mala fe en la ejecutada.

AP Vizcaya, Sec. 4.ª, Auto de 28 de enero de 2005.

No procede acordar que el régimen de visitas se lleve a efecto en el Punto de Encuentro –reservada para supuestos excepcionales– y que se realice un seguimiento psicológico a los menores al no apreciarse que exista motivo alguno para ello. La solución al problema pasa porque el padre solicite el asesoramiento de personas técnicamente preparadas en relación con la forma de comportamiento que ha de tener con sus hijos cuando esté en su compañía.

AP Zamora, Sentencia de 24 de enero de 2005.

Se estima la demanda en la que el ex esposo reclama a la ex esposa las pensiones compensatorias abonadas desde que aquélla contrajo matrimonio con un tercero,

siendo procedente la condena en costas a pesar de que, interpuesto el procedimiento, se consignase por la demandada la cantidad reclamada.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 24 de enero de 2005.

REGÍMENES ECONÓMICOS

No habiéndose señalado plazo para oposición en la providencia que daba traslado a las partes de las operaciones divisorias realizadas por el Contador partidor, procede admitir a trámite el escrito que se presentó transcurridos los 10 días que se establecen en el artículo 787.1 de la LEC.

AP Córdoba, Sec. 1.ª, Auto de 4 de febrero de 2005.

Procede que ambos cónyuges satisfagan al 50% los gastos comunes, tales como seguros del domicilio conyugal, pagos pendientes del ajuar doméstico, deuda con la comunidad de propietarios por gastos comunitarios, deuda por uso de la tarjeta de crédito, seguros médicos y préstamos personales comunes, etc., puesto que se trata de deudas comunes.

AP Baleares, Sec. 3.ª, Sentencia de 1 de febrero de 2005.

No cabe duda de que la vivienda es ganancial —ex artículo 1361 del CC—, siendo insuficiente para destruir dicha presunción la presentación de una escritura de aceptación de herencia, en la que se declaró por la heredera que el bien era privativo.

AP Girona, Sec. 1.ª, Sentencia de 27 de enero de 2005.

Habiéndose constatado la existencia de una separación de hecho entre los cónyuges, procede tenerla en cuenta a efectos de la disolución de la sociedad de gananciales.

AP Badajoz, Sec. 3.ª, Sentencia de 19 de enero de 2005.

Los bienes adquiridos mediante precio en parte ganancial y en parte privativo, corresponderán por indiviso a la sociedad de gananciales y al cónyuge o cónyuges en proporción al valor de las aportaciones respectivas.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 18 de enero de 2005.

No procede indemnización alguna por contribuir a la adquisición y construcción de la vivienda dado que no consta ni el grado ni alcance de la misma ni que, de ser ciertas, no lo fueran a título gratuito.

AP Tarragona, Sec. 1.ª, Sentencia de 13 de enero de 2005.

UNIONES DE HECHO

Atribución del uso de la vivienda familiar al progenitor no custodio, ya que la conviviente, sus hijos fruto de un anterior matrimonio y la hija común nacida tras la convivencia *more uxorio*, pueden trasladarse a la vivienda que anteriormente ocupaba aquélla y cuyo uso le fue atribuido judicialmente, sin que sea obstáculo para ello que

dicha vivienda se encuentre en la actualidad arrendada, ya que del contenido de las cláusulas se desprende la posibilidad de poder recuperar la vivienda.

AP Córdoba, Sec. 1.ª, Sentencia de 4 de marzo de 2005.

Únicamente pueden sustanciarse por el juicio verbal especial las cuestiones de parejas de hecho relativas a la guarda y custodia, régimen de visitas, alimentos y vivienda, debiendo ventilarse el resto de cuestiones a través del procedimiento declarativo que corresponda.

AP Barcelona, Sec. 12.ª, Sentencia de 22 de diciembre de 2004.

PROCEDIMIENTOS DE MENORES

Es ajustada la declaración de desamparo realizada por la Dirección General de Atención al Menor, que ha motivado la asunción de la tutela por la entidad pública, con privación de la guarda y custodia a los padres biológicos, sin que por el momento se acredite que el padre está capacitado para asumir la custodia de los 3 hijos, dada la situación de violencia y abusos a los que fueron sometidos.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 21 de enero de 2005.

El artículo 129 del CF agota su eficacia en el conocimiento efectivo de la filiación biológica, pero ello no puede afectar a la adopción inscrita en el Registro Civil –artículos 180.4 CC y 129 CF–, es decir, la apelante tiene derecho a conocer quién es su madre, pero ella no puede tener acceso al Registro.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 19 de enero de 2005.

Se confirma la resolución de la Dirección General de Atención al Menor por la que, tras la situación de desamparo, declara el acogimiento preadoptivo como la medida más adecuada para la protección del menor, ya que tras su nacimiento fue cuidado por una vecina hasta que fue ingresado en un centro residencial.

AP Barcelona, Sec. 18.ª, Sentencia de 19 de enero de 2005.

El interés del menor exige que no tenga lugar su reinserción en su familia biológica hasta que el padre se reinerte.

AP Murcia, Sec. 1.ª, Sentencia de 23 de diciembre de 2004.

En el proceso de adopción del menor que se encuentra en acogimiento preadoptivo, basta con que los padres biológicos sean oídos, al constar que se hallan incurso en causa de privación de la patria potestad, máxime cuando desde que se inició el expediente de protección los padres no han tenido contacto con el hijo, siendo ineficaces las tardías expectativas de reformar que alega ahora el padre.

AP Valencia, Sec. 10.ª, Sentencia de 21 de diciembre de 2004.

